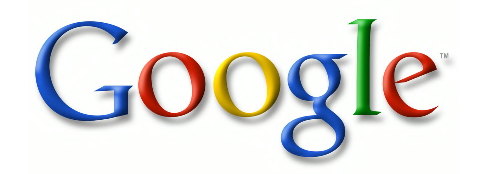










Archiv

des

Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1852.

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

A. W. Heffter
in Berlin,

E. Herrmann
in Göttingen,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

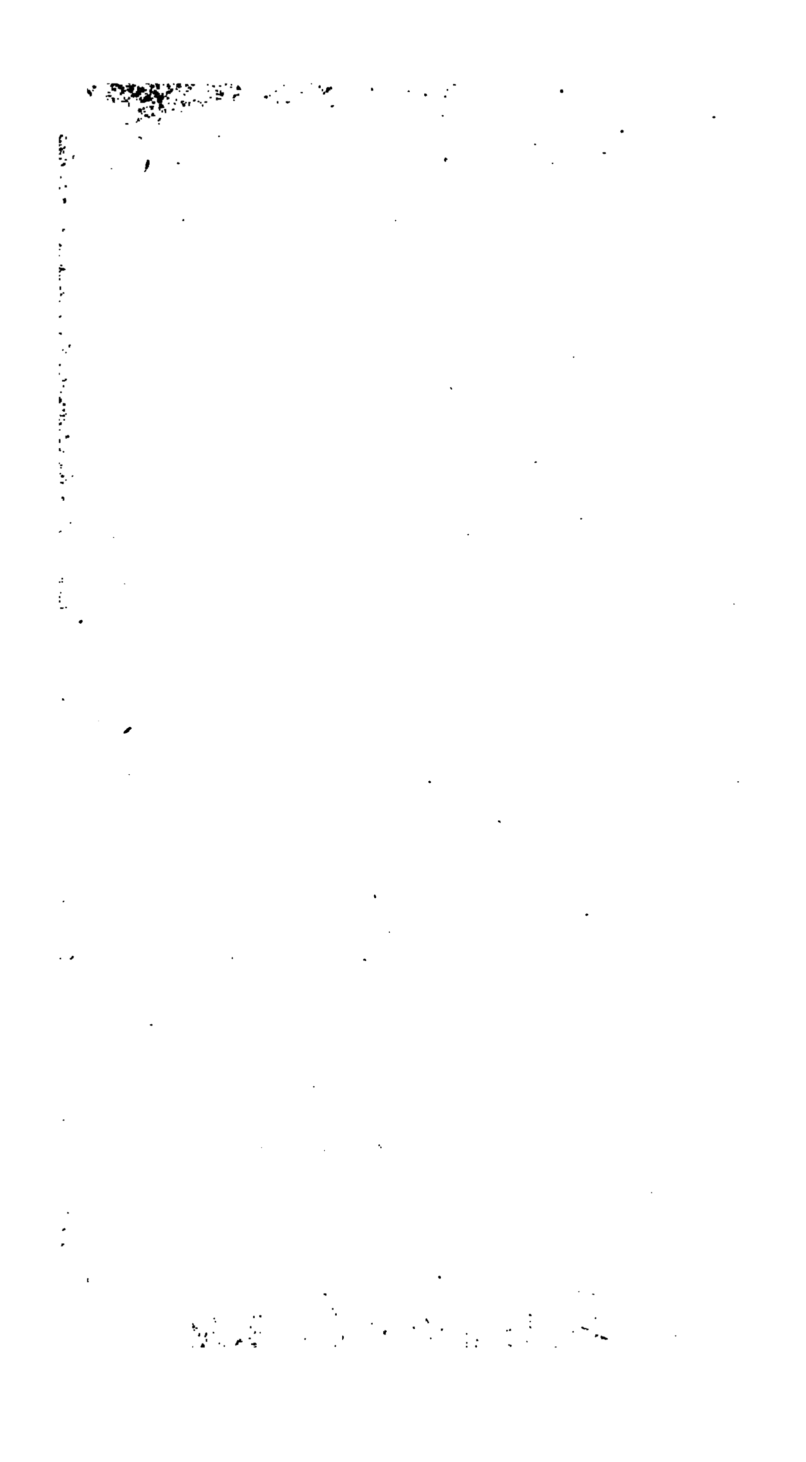
H. A. Zachariä
in Göttingen.

Halle und Braunschweig,

C. A. Schwetschke und Sohn.

(M. Bruhn.)

1852.



Archiv des Criminalrechts.

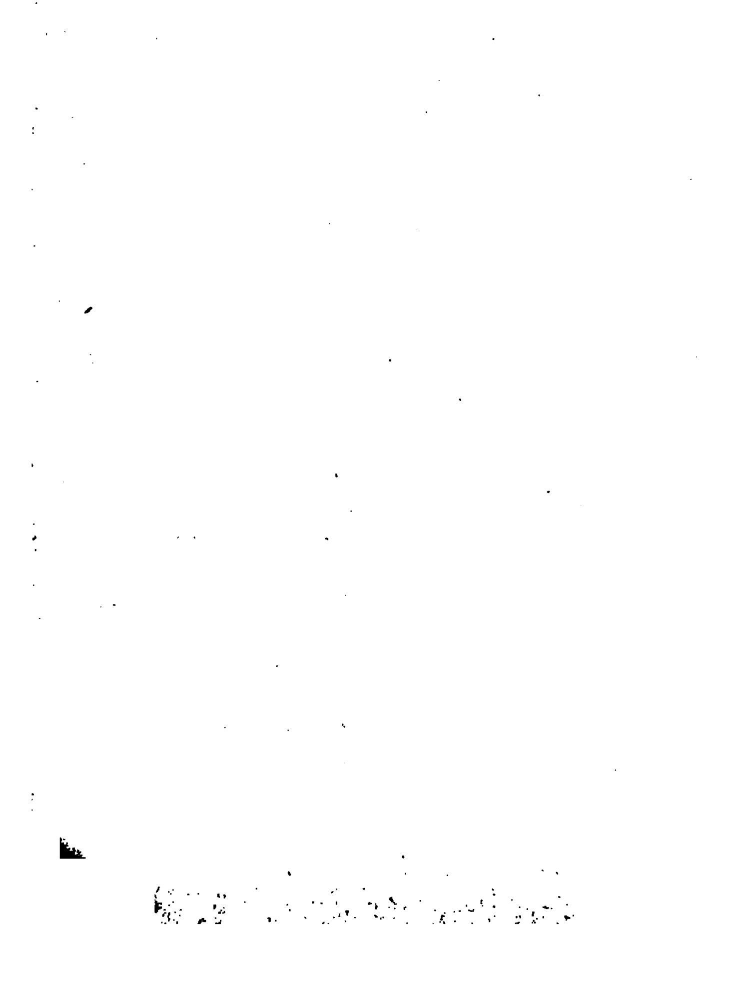
Neue Folge.

Jahrgang 1852.

Herausgegeben von den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau,
J. M. F. Birnbaum in Gießen,
A. W. Heffter in Berlin,
E. Herrmann in Göttingen,
C. J. A. Mittermaier in Heidelberg,
H. A. Zachariä in Göttingen.

Halle und Braunschweig,
C. A. Schwetschke und Sohn.
(M. Bruhn.)
1852.



Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1852.

Herausgegeben von den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau,
J. M. F. Birnbaum in Gießen,
A. W. Heffter in Berlin,
E. Herrmann in Göttingen,
C. J. A. Mittermaier in Heidelberg,
H. A. Zachariä in Göttingen.

Halle und Braunschweig,
C. A. Schwetschke und Sohn.
(M. Bruhn.)
1852.



Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben von den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau, J. M. F. Birnbaum in Gießen,
C. J. A. Mittermaier in Heidelberg, A. W. Heffter in Berlin,
H. A. Zachariä in Göttingen.

Jahrgang 1852.
Erstes Stück.

Halle,
C. A. Schwetschke und Sohn.
(M. Bruhn in Schleswig.)
1852.

Inhalt.

I.

Die
Politik des Rechts und das Recht der Politik.

Von

Heffter.

Die letzten Jahre haben auch den deutschen Richterstand aus seinem vormaligen politischen Sorgenfrei aufgerüttelt und in die Wogen der Zeitaufregung hineingezogen. Politische Händel, Verbrechen und Prozesse waren ehedem eine Seltenheit. Wurden sie nicht etwa dem ordentlichen Richteramt ganz entzogen, so verkühlten sie sich auf dem langen Wege der Procedur zu völliger Gleichgiltigkeit oder sie starben dahin ohne Erledigung. Der Character der Rechtsverwaltung war ein wesentlich gouvernementaler, trotz aller ehrbaren Redensarten der Rechts- und Landesgesetze, welche die neuere Idee der Selbständigkeit des Richteramtes ausdrücken. Hin und wieder durchkreuzte einmal ein Reichs- oder Landesgericht, oder ein Preußisches Cammergericht oder eine Juristen-Facultät durch unerschrockene Festhaltung eines Rechtsprincips oder auch einer thatsächlichen Ueberzeugung den gouvernementalen Willen; es hatte jedoch damit so viel nicht auf sich, denn wie gesagt, die Fälle waren selten und ein gouvernementales Beispiel zu statuiren war kein Bedürfniß, wurde auch, wo es die Folgerichtigkeit forderte, keineswegs gescheuet. Ein eigentlicher

Riß trat erst seit 1819 ein, als einerseits die alte Staatsweisheit von den Gerichten und Spruchcollegien ein unbedingtes Eingehen auf die Maximen der damaligen Demagogen-Verfolgung verlangte, andererseits aber die moderne Idee des Staates, nämlich möglichste Befreiung des Individuums und des Volkes von Staatszwang, in den Gesinnungen des Richterstandes, allerdings in einer nicht gleichmäßigen Weise, eine practische Berücksichtigung fand. Zuletzt hat das Jahr 1848 zu einer Crisis geführt, deren Ausgang und wo möglich auch richtige Behandlung unsere Aufmerksamkeit verdient.

Während die Richter aus der alten Schule, die Männer des Herkommens, alle Schöpfungen der Neuzeit, so weit sie sich überhaupt noch erhalten haben, nur mit einer gewissen Scheu und mit Vorurtheilen gegen sie, als Modificationen des Bestehenden beachten, ihnen nur so wenig als möglich Raum vergönnen, giebt es eine andere Fraction in der Staatsgesellschaft, obwohl nicht vorherrschend im Richterstande vertreten, welche gerade von diesem einen kräftigen Schutz für die neuen Institutionen und Grundsätze erwartet und fordert, endlich aber auch noch eine bekannte dritte Richtung, welche allem Bestehenden den Krieg erklärt, den bisherigen Richterstand für obsolet erachtet, ihn nur als ein Glied in der Kette der Büreaucratie ansieht und durch völlig andere Elemente zu ersetzen mindestens dem Princip der Absetzbarkeit zu unterwerfen trachtet, natürlich in Verbindung mit dem Umsturz jeder hergebrachten Staatsordnung.

In diesem Strudel der Ideenbewegung ist es doppelt wichtig, das Bewußtseyn von der Aufgabe und den Pflichten des Richteramtes, welches an sich doch niemals zu entbehren seyn wird, zu bewahren und geltend zu machen. Sein Beruf aber liegt unerschütterlich darin, in den seiner Entscheidung unterworfenen Fällen das im Staat wirklich

gesetzte Recht im Sinn der höhern Gerechtigkeit, d. h. mit Weisheit und Muth in Anwendung zu bringen. Man muß erkennen, daß die Gerichte nicht dazu da sind, um ein neues Recht zu schaffen, sondern zu finden in lauteren und anerkannten Quellen, nicht um neue Ideen zu verbreiten, sondern die umlaufenden, welche sie als geltendes Recht setzen wollen, zu prüfen, zu sichten und abzuklären, *nicht* mit dem Strome der Zeit oder in einzelnen Strömungen mitzuschwimmen, sondern sich an das Steuerruder mitzustellen und den Compaß der Gerechtigkeit in der Hand das Staatsschiff ganz und unverletzt an Klippen und Brandung vorbei führen zu helfen.

Könnte man deshalb wünschen, den Richterstand möglichst allen s. g. politischen Einflüssen zu entziehen, wie man vorgeschlagen, hin und wieder auch, obwohl nur theilweis, in Ausführung gebracht hat, so ist doch bei näherer Erwägung eine derartige mönchische oder kastenartige Absonderung eines Beamtenstandes von dem übrigen Staatsleben weder durchführbar noch selbst rathsam zu erachten. Denn wie in aller Welt soll vermieden werden, daß der Richter an dem öffentlichen Leben als Mensch und Staatsbürger Theil nehme, ohne ihn zugleich der vollen Berufsfähigkeit und eines Theiles der allgemeinen bürgerlichen Berechtigungen zu berauben, ohne ferner dem übrigen Staatsorganismus ein Element vorzuenthalten, welches in seiner Besonderheit beachtenswerthe Stimmen so wie eine Stütze der ordnungsmäßigen Ein- und Durchführung neuer Maximen darzubieten vermag. Nur gewisse richterliche Aemter, z. B. bei einem obersten Staatsgerichtshofe, desgleichen die Stellen der Vorsitzenden mögen vielleicht als solche zu bezeichnen seyn, die eine Incompatibilität mit jeder andern oder gewissen politischen Functionen begründen; es mag ferner der gleichzeitigen *Uebernahme von politischen* Functionen neben

dem Richteramte gegen längere Dauer und daraus entstehende Versäumung des letzteren ein Ziel gesetzt werden; jedoch eine unbedingte Incompatibilität wird weder als nothwendig darzuthun noch als nützlich zu bevorworten seyn.

Suchen wir nun für eine Uebergangsperiode, wie unsere Zeit wenigstens mehr als eine andere seyn dürfte, eine Richtschnur für das correcte Verhalten der Gerichte, so wird sich eine solche am ehesten ergeben, wenn wir einerseits das Recht oder die Berechtigungen der Politik und andererseits die Politik, den politischen Standpunct der Gerichte in Erwägung nehmen.

Das Recht der Politik, d. i. der Staatsverwaltung, die sich behaupten will, ist ein ernstes und entschiedenes Handeln, in Symmetrie mit der ihr vorgezeichneten Richtung. Sie darf und muß dabei alle Kräfte des Staatsorganismus in Anspruch nehmen; so auch die Gerichte, freilich nicht über deren Beruf hinaus. Diesen finden wir in der Regelung der im Besitzstand angegriffenen Rechtsverhältnisse der Individuen nach den Gesetzen und Institutionen des Staates. Stehen diese auf einem schwankenden Boden, unfertig, unvollendet, so kann wie in andern zweifelhaften Rechtsverhältnissen wenigstens fürs Erste nur der Status quo maaßgebend seyn, ja er wird das Recht selbst definitiv fixiren, wenn der frühere Rechtsstand ein völlig zerbrochener und durch eine herrschende Macht außer Wirksamkeit gesetzter ist. Die Gerichte finden sich dabei freilich in einer schlimmen Lage. Gewöhnt an eine Stetigkeit des Rechts oder doch an eine legitime Continuität der Rechtsbewegung, vermögen sie den rein thatsächlichen Zuständen, welche sich an die Stelle des in solcher Continuität Hergebrachten gesetzt haben, eine rechtliche Weihe und Geltung nicht anzuerkennen; und hinwiederum mit der Thatsache in Widerspruch zu treten, nachdem sie eben zu befestigen sich angefangen und eine äußere Ordnung

aus einem Chaos geschaffen hat, würde nur eine neue Beunruhigung erzeugen und einen Widerspruch hervorrufen, welcher die thatsächliche Macht vielleicht zu weiteren Uebergriffen und Verletzungen anreizte. Die Erfahrung lehrt denn auch, daß fast allenthalben bei totalen politischen Umwälzungen die Gerichte, ohne daß sie selbst umgewandelt werden, gar leicht auf dem noch rauchenden oder schwankenden vulkanischen Boden, von welchem das Alte hinweggeschemmt war, ihre Zelte aufgeschlagen und demnächst das Neue mit dem Hergebrachten möglichst zu vermitteln gesucht haben. Frankreich hat darin, wie in so vielen andern Stücken, ein glänzendes leichtsinniges Beispiel wiederholt gegeben; ohne ihr eignes Kleid zu wechseln sind die Gerichte in das über Nacht verwandelte Staatswesen eingetreten, abgesehen dabei von einzelnen Männern dieser Gerichte, welche einen solchen Wechsel mit Ehre, Pflicht oder Gesinnung im Widerstreit fanden. Aehnliche Erfahrungen sind freilich auch anderweitig gemacht worden und nachzuweisen. Worin sie eine Rechtfertigung finden können, ist bereits angedeutet. Ob diese jedoch allenthalben zutreffen, ob nicht andere Motive zu derartigen Erscheinungen mitgewirkt haben, ist nicht unsers Ortes in diesen Blättern anzudeuten. — Eine entgegengesetzte Wahrnehmung hat sich wieder in denjenigen Staaten dargeboten, wo zwar keine totale Umwälzungen, wohl aber bedeutende Neuerungen in den öffentlichen Zuständen eingetreten sind. Hier wird sich meistens gezeigt haben und noch jetzt bemerklich machen, daß die Gerchte, in ihrem Festhalten an eine sichere Continuität des Rechts, das Hergebrachte und Angewöhnte möglichst als Basis gebrauchen und der Neuerung, ohne in die das Alte vernichtende Idee einzugehen, so wenig als möglich Boden einräumen, wenn nicht die Advocatur sich der Neuerung annimmt und eine Fortbewegung *auf dem neugeöffneten* Wege erzwingt, oder einmal

die öffentliche Meinung ein Opfer fordert und dabei einem Gerichtshof die Ehre anthun will, ein nur selten gebrauchtes Geschütz abzufeuern, wie dem Cassationshofe zu Paris in Beziehung auf den von Louis Philipp nach Maaßgabe älterer Gesetze angeordneten Belagerungszustand zu Theil ward!

Mag nun immerhin das System einer bedächtigen, die Zeitverhältnisse möglichst schonenden und den Einzelnen so wenig als möglich verletzenden Ausgleichung des Alten und Neuen in dem Wesen der Gerechtigkeit begründet und beifallswerth seyn, so läßt sich doch hiervon im Gebiete des Strafrechts keine Anwendung machen, so oft es sich nämlich um die Verhängung einer Strafe handelt. Denn welcher Theorie der Strafgerechtigkeit man sich immer zuneigen mag: darin werden ohne Zweifel Alle übereinstimmen, daß weder ein von einer illegitimen Gewalt noch auch ein auf illegitimen Wege ausgegangenes Gesetz zu einer Strafe berechtigen könne. Hier darf kein Status quo beruhigen, hier gilt es dessen Rechtmäßigkeit zu prüfen — freilich aber nicht blos nach privatrechtlichen Gründen und Combinationen — hier gilt es, geleisteter Eide eingedenk zu sein und schließlich auch seiner gewissenhaften Ueberzeugung das Amt selbst lieber zum Opfer zu bringen. Andererseits wird sich kein Gericht leicht entschließen, Jemandem Etwas als ein Verbrechen zuzurechnen, was zwar nach der älteren legitimen Verfassung ein solches seyn würde, nach deren thatsächlicher Beseitigung aber und dem Status quo gemäß nicht seyn kann[1]).

---

1) Dies ist unter Andern der Gesichtspunct, aus welchem die Handlungen der ausführenden Verwaltungsbeamten während eines Verfassungsstreites beurtheilt werden müssen, wenn sie nicht etwa zum Widerstand gegen die verfassungswidrigen Befehle ihrer Vorgesetzten verpflichtet seyn sollten; z. B. Einziehung von Steuern, welche die im Streit befangenen oder

Handelt es sich um Ausnahmegesetze gegen verfassungsmäßige Grundsätze, so hat zwar, die verfassungsmäßige Giltigkeit jener vorausgesetzt, die Regierungsgewalt oder der Staat ein vollkommenes Recht zu erwarten und dahin zu wirken, daß auch derartige Gesetze bei den Gerichten zur Geltung gelangen, nur versteht sich von selbst, daß hierbei die strengsten Interpretationsregeln Platz greifen. Ueberdies aber möchten wir als Recht der Politik in Anspruch nehmen, daß sie in jedem einzelnen Falle zu beschließen habe, ob die Vollziehung des Ausnahmegesetzes, namentlich auch eines derartigen Strafgesetzes zu beantragen sey oder nicht; denn die Ausnahmesetzung ist nur ein Nothmittel, ein Interimisticum, welches wieder zur vollen Anwendung der Regel führen soll. Die Regierung muß es auf diese Weise in der Hand behalten, gegen nicht schädliche Verletzungen der Ausnahmebestimmungen Schonung und Nachsicht zu üben, auch wohl zeitweilig sie

---

factisch beseitigte Constitution nicht autorisirt. Von jeher ist es — wurde in den Gründen eines Urtheils über einen solchen Fall in der Zeit des hannoverschen Verfassungsstreites gesagt — ein Grundsatz des öffentlichen Rechts gewesen, daß bei eingetretenen Störungen in Staatenverhältnissen, wie in Privatverhältnissen der jeweilige Besitzstand, das uti possidetis, der status quo zu berücksichtigen sey, und bis zur weiteren Entscheidung gelten müsse, als das sicherste Mittel, diese selbst herbeizuführen und den Unfrieden zu entfernen. (Klüber öffentl. R. des d. B. §. 65. 76.) So im Völkerrecht (H. Grot. de J. B. I, 4, 20) in mancherlei Anwendungen, z. B. auf das Gesandtschaftsrecht (Vattel dr. d. G. IV, 5, 68). So im deutschen Bunde bei Streitigkeiten unter Bundesgenossen (Wiener Schl. Acte, Art. 19. Klüber a. O. §. 172) und in Beziehung auf die in anerkannter Wirksamkeit bestehenden landständischen Verfassungen (Schl. Acte, Art. 56). Insbesondere war es aber noch ein in der ehemaligen RStaatspraxis geltender Satz, daß bei Streitigkeiten zwischen deutschen Landesherrn und deren Ständen oder Unterthanen über Ausdehnung oder Mißbrauch der landesherrlichen Rechte von den Unterthanen einstweilen der Gehorsam nicht verweigert werden dürfe. *Wahlcapit.* XIX, §. 6. 7.

ganz einschlafen zu lassen, bis eine Gefahr zu ihrer Wiederaufnahme drängt. Dagegen läßt sich freilich einwenden, daß die Regierung mit diesem System ihre Parteigenossen, oder doch Einzelne aus Parteilichkeit auf Kosten Anderer begünstigen und somit eine Ungleichheit des Rechts in der Rechtsanwendung herbeiführen könne. Wir setzen indeß voraus, daß in dieser das freie germanische Anklagerecht wieder zur Geltung gelangen und die Staatsanwaltschaft in diesem Systeme ihre gegenwärtige Stelle nur theilweis behaupten werde.

Als der beklagenswertheste Anfall an die Gerichte durch die Vorgänge der Neuzeit ist die Verwendung derselben zur Bildung von Staatsgerichtshöfen für politische Prozesse, desgleichen zur Ausübung der Disciplin theils in den Kreisen der richterlichen Beamten, theils auch der Verwaltungsbeamten zu bezeichnen. Man wird wohl ziemlich allenthalben die Bemerkung machen, daß die Richter sich dabei nicht in einem gewohnten Kreise bewegen, daß sie sich der Mehrzahl nach mit Verlust jenen Functionen unterziehen. Der Grund leuchtet ein. Das Gesetz giebt in solchen Sachen gewöhnlich einen weiten Spielraum; die allgemeine objective Anschauung verliert sich in subjectiven Auffassungen; das Urtheil wird beinahe ganz ein politisches; man fühlt auf der einen Seite, wie nöthig es sey, gewisse sittliche und politische Principien aufrecht zu erhalten und auf der andern die Unsicherheit, welche es damit hat, wenn nun eine ganze Persönlichkeit, Gesinnungen und Handlungsweise im Ganzen darunter gestellt werden sollen; wie bedenklich es ist, hierüber besonders im Bewußtseyn seiner eigenen Fehlerhaftigkeit ein Urtheil zu fällen; wie man leicht auf der einen Seite zu viel, auf der andern zu wenig thun kann; es ist endlich unvermeidlich, daß dabei den Zeitverhältnissen hier und dahin Rechnung getragen wird, indem eine Zeit die Aufrechthaltung gewisser Prin-

cipien mit besondrer Strenge zu fordern scheint, eine andere wiederum größere Nachsicht gestattet. Der Richterstand findet sich daher in solchen Sachen in einem andern Elemente, und es wäre gewiß zu seiner eignen Reinerhaltung höchst wünschenswerth, wenn er von dieser Zugabe wieder befreit werden könnte. Erst in ruhigen wohlgeordneten Verhältnissen ohne politische Zerrissenheit wird sie leichter zu bestreiten seyn, weil sich dann die objective Anschauung vorherrschend und gefahrlos zur Geltung bringen läßt.

Aber auch in dem eigentlichen Gebiet des Richteramtes haben sich in einem großen Theile Deutschlands wichtige Veränderungen ergeben, einmal nämlich durch die Befreiung von gesetzlichen Beweisregeln bei Feststellung der Beweisergebnisse, und zum Andern durch die Verbindung mit dem Institut der Schwurmänner. Es wird noch längerer Uebung bedürfen, um die richtige Idee, welche jenen Instituten einwohnt, zur äußeren Reife zu bringen, um den Geist sich anzueignen, mit welchem sie allein zu einer äußerlichen Geltung berechtigt sind, und noch mancher Erfahrungen und Beobachtungen, um auf dem Wege der Gesetzgebung und Justizverwaltung die Mängel und Hindernisse zu beseitigen, welche der Verwirklichung der Idee entgegentreten und ihr allgemeine Zustimmung und Anerkennung zu verschaffen.

Zunächst dürften nun wohl folgende nicht ganz unbedenkliche Wahrnehmungen nicht abzuleugnen seyn.

Wie bereits unter der Herrschaft des Legal-Beweis-Systemes das Streben dahin ging, die Regeln jenes Beweis-Systemes zu brechen und seine Schroffheiten zuerst durch die außerordentliche Strafe, dann durch die Hervorhebung des Anzeige-Beweises zu umgehen, so ist mit der Emancipation von allen Beweisregeln, welche nicht reinhin die Ausschließung gewisser Beweismittel betreffen,

vielfach und besonders bei den mit jüngeren Richtern besetzten Stellen eine allzu-leicht fertige Ueberzeugung von der Schuld eines Angeklagten bemerklich, ohne daß die strengere Gewöhnung von Richtern aus dem alten System, die sich bei Gerichten erster Instanz meist in der Minderzahl befinden, ein Gegengewicht zu halten vermag, wie man vielleicht hätte erwarten können. Nimmt man hinzu, daß die Zulassung von Beweismitteln häufig noch durch ältere Gesetze geregelt ist, die auf den Untersuchungsproceß und auf eine Beschränkung des Richteramtes hauptsächlich erst bei der Entscheidung der Sache berechnet, hinsichtlich der Mittel der Untersuchung aber keineswegs ängstlich waren; daß ferner auch die Aufnahme der Vertheidigungsbeweise wie in den älteren Gesetzen der vorherigen Erheblichkeitsprüfung der Gerichte anheimgegeben ist, hierbei aber nur zu leicht die Ansicht der Unerheblichkeit durchgreift, um möglicher Weise überflüssige Verhandlungen oder Verzögerungen zu vermeiden: so kann man die Klage nicht für unbegründet halten, daß das neue System, weit entfernt die Forderungen der Gerechtigkeit zu befriedigen, theilweis wenigstens zu einer Art von Verwaltungsjustiz geführt hat, wo man die Sachen, und welche Sachen! schnell ad mentem — um mich eines curialistischen Ausdrucks zu bedienen — abmacht. Solchen Uebelständen kann durch keine Procedurformen oder Nichtigkeitsvorschriften gesteuert werden, sondern hier kann nur ein tüchtig bestelltes Anklage- und Vertheidigungsamt in Gemeinschaft mit der Oeffentlichkeit der Verhandlungen dazu helfen, daß das Richteramt in voller Besonnenheit erhalten und zu weiser Gewöhnung hingeleitet werde; auch wird sich eine höhere Instanz nicht entbehren lassen, um etwanige thatsächliche Mißgriffe der ersten Instanzrichter zu rectificiren.

Zu anderen Betrachtungen geben wieder die neuen *deutschen* Schwurgerichte Anlaß. Es ist nicht der Zweck

dieses Aufsatzes alle Gebrechen derselben hier aufzudecken, welche schon die bisherige Erfahrung hat erkennen lassen und welche allerdings nicht verschwiegen werden dürfen, wenn das Institut erhalten und reif werden soll, von dessen Daseyns-Berechtigung auch der Verfasser dieses Aufsatzes fortdauernd durchdrungen ist; es sind nur Gebrechen des Organismus und der Zeit, welche hoffentlich gemildert und überwunden werden können; allein es fordert dies eine umfassendere und selbständigere Betrachtung; hier kann nur davon die Rede seyn, wie sich das eigentliche Richteramt zu dem neuen Institut gestellt hat und stellen sollte, um würdig mit demselben zu bestehen.

Wiederholte Beobachtungen der Schwurgerichte möchten nun leicht die Behauptung rechtfertigen, daß es denselben vielfach noch an einer ganz sichern und würdevollen Leitung mangelt; daß das leitende Richteramt sich nicht selten einer polizeilich inquisitorischen Tendenz hingiebt; daß man der Staatsanwaltschaft und der Advocatur gegenüber noch nicht zu der vollen Sicherheit des richteramtlichen Characters gelangt ist, welchen diese Institute in ihrem *eigenen* Interesse anerkennen müssen, eines Characters, der *auf* dem Bewußtseyn der höchsten und letzten Verantwortlichkeit des Richteramtes beruhet, ohne dabei die collegialische Gleichheit jener andern gerichtlichen Functionen in Beziehung auf Wissen und Bestrebungen zu verkennen. Das Wichtigste endlich möchte seyn, daß es noch an der rechten Vermittelung oder Verbindung des eigentlichen Richteramtes mit den zugezogenen Geschwornen und dem Verdict gar sehr ermangelt. In England wird diese Vermittelung durch die Achtung des hergebrachten Rechts und durch die volksthümliche Autorität des Richterstandes, als des eigentlichen Depositars des Rechtes bewirkt, dergestalt, daß man sich auch nicht scheut, die ganze Schuldfrage *ohne Unterschied der Rechts-* und Thatfrage den

Geschwornen zu überlassen, während in Frankreich diese beiden Fragen von einander geschieden sind und dadurch sowohl, wie durch die Procedur-Einrichtung, durch die politische Influencirung des Geschwornen-Institutes dem Vorsitzenden mehr nur eine kunstmäßige rhetorische Einwirkung auf die Geschwornen übrig gelassen ist. In der nämlichen Lage befindet sich die Sache auf deutscher Erde, nur mit dem Unterschiede, daß es an der ebenbezeichneten Kunstfertigkeit noch gar sehr mangelt und daß ferner die Einführung des Schwurgerichts gerade in einer Zeit erfolgt ist, wo Rechtsgefühl, Achtung des Bestehenden und rechtlicher Autorität gar sehr niedergedrückt war. Es wird die Bank der Geschwornen durch Alles dies nur zu sehr darauf hingewiesen eine eigene völlig unabhängige Autorität zu seyn und die Justizpflege in den wichtigsten Sachen bei der Unthunlichkeit, die Rechts- und Thatfrage scharf zu trennen, in einen Conflict zwischen rechtlicher und freier menschlicher Beurtheilung gebracht, hiermit aber die nothwendige Einheit der richterlichen Gewalt gebrochen.

Ich bin nun keineswegs der Meinung, daß die Vermittelung dieser Gegensätze auf einem mechanischen Wege, z. B. durch äußerliche Fusion von Richtern und Geschwornen hervorgebracht werden könnte oder müßte; weil damit zugleich oder alsbald die Vernichtung des ganzen Institutes der Geschwornen herbeigeführt werden würde, ich sehe vielmehr die Heilung der Uebelstände wesentlich nur in einer wohlgeregelten Auswahl tüchtiger Schwurmänner und in der moralischen Haltung des Richterstandes.

Was diese letztere betrifft, worauf wir uns nach der Absicht dieses Aufsatzes allein zu beschränken haben, so hat man schon öfter und wie ich glaube in treffender Weise zwei Richtungen in der richterlichen Praxis als vorherrschend oder influencirend und natürlich auch wohl mit einander in *Conflict gerathend* erkannt, bei den Einen nämlich das

Princip der Autorität, nach welchem man sich im richterlichen Verfahren und bei Entscheidung einzelner Fälle weniger auf den Boden der Einzelgesetze stellt, als vielmehr die Fälle der verliehenen richterlichen Macht unter den gegebenen Umständen nach freier rechtlicher Ueberzeugung in Anwendung zu bringen sucht; bei den Andern das System der Legalität, welches sich an die Gesetze allein und an deren Auslegung in der Ausübung des richterlichen Amtes hält, weil dasselbe nur der Diener des Gesetzes seyn dürfe. Zu dem ersteren verleitet Talent, höhere Stellung und politische Energie, zu dem letzteren führt Quietismus, auch wohl ein oppositionelles Streben. Die Uebertreibungen und Fehler des einen wie des anderen Systemes bedürfen hier keiner Auseinandersetzung; darüber jedoch wird schwerlich ein Dissens Statt finden, daß das Richteramt nicht etwa ein blos puppenartiger, mechanischer Dienst seyn, sondern auch eine autoritative Energie entwickeln müsse, und zwar als die letzte verantwortliche Autorität, welche die mitwirkenden Kräfte in möglichster Uebereinstimmung mit dem Willen des Gesetzes und des Staates zu erhalten hat. Eine solche Autorität kann freilich nicht von Außenher gegeben, sondern vielmehr durch sittlichen Character, Talent und Geschick begründet werden. Hierin ruhet der Schwerpunct aller Rechtsverwaltung. Daß sie auch bei Schwurgerichten geltend zu machen sey, wenn überhaupt eine Einheit der Rechtspflege bestehen soll, daß es besonders die Aufgabe des Vorsitzenden sey mit Achtung vor dem Gesetz zu erfüllen und dessen wahre Bedeutung zu entwickeln, ist dem Verfasser dieser Abhandlung nicht zweifelhaft; er glaubt, daß darin [2]) so wie in der Auswahl der Geschwornen das Hauptproblem des Schwurgerichts

---

2) Einen Reichthum *von Aufschlüssen* gewährt hierüber Mittermaier's *engl., schott.,* nordam. Strafverfahren.

liegt. Daß, was das Verhältniß der eigentlichen Richter zu den Geschwornen betrifft, England zwar eine hohe Achtung vor dem Landesgesetz und vor dem Richterstande voraus hat, jedoch keineswegs schon ein ganz gesichertes System darbietet, darüber belehrt uns noch die neueste gründliche und unbefangene Schrift Rüttimann's [3]), und noch lange wird sich der Scharfsinn der practischen Staatsmänner und Juristen daran zu erproben haben. Aber es wäre ein arger Fehler, wollte man hier bei uns erst abwarten, bis die Lösung anderweitig gefunden ist, oder wähnen, daß, wenn das Eine, was ein anderes Land im Criminalverfahren voraus hat, bei uns nicht ebenfalls besteht, darum auch das Andere, was sich dort findet, bei uns kein Recht zu bestehen habe. Wer eine sittliche und rechtliche Gewalt hat, muß sie im Sinn der Sittlichkeit und Gerechtigkeit gebrauchen. Also wird es auch dem vorsitzenden Assisenrichter, der die Sache den Geschwornen zu präpariren und zu überliefern hat, wohl geziemen, es mag ihm ein Resümé gesetzlich gestattet seyn oder nicht, Gesetz und Gerechtigkeit, als eine lebendige Stimme des Rechts, energisch zu vertreten und zu impressioniren [4]).

---

3) Der engl. Civil-Proceß §. 387 fgg.

4) Eine damit übereintreffende Ansicht findet sich in der so eben erschienenen Schrift: Ueber die Preußischen Schw.-G. Ein Votum des Herrn Dr. Götze ꝛc. mit Zusätzen von Keller. (Berl. 1851).

II.

Der neue belgische Gesetzesentwurf über Untersuchungshaft und Befreiung von der Haft durch Sicherheitsleistung in Vergleichung mit den neuesten Gesetzgebungen Deutschlands.

Von
Mittermaier.

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Untersuchungshaft, ihre Dauer und die Mittel die Haft abzuwenden, greifen tief in die socialen Verhältnisse, in das Schicksal und den Wohlstand der Familien ein, sie bedingen wesentlich das Vertrauen der Bürger zu dem Strafverfahren, zu seiner Macht, Verbrechen zu entdecken, aber auch zu dem Willen der Staatsregierung, möglichst die persönliche Freiheit der Bürger zu schützen; sie üben selbst den größten Einfluß auf das Verhältniß der Lossprechungen und Verurtheilungen aus, weil nach langen Erfahrungen [1]) die Geschwornen sehr geneigt sind, da loszusprechen oder wenigstens Milderungsgründe anzunehmen, wenn der

---

1) Dies bemerkt namentlich ein französ. Assisenpräsident, Hr. Poirel, in seinem Werke: Projets de Code d'organisation *judiciaire, de Code d'instruction* crim. Paris. 1851. p. 31.

Angeklagte schon lange Untersuchungshaft erduldet hat. Alle diese Rücksichten machen es zu einer der wichtigsten Aufgaben der Gesetzgebung, genaue Vorschriften über Untersuchungshaft und den Umfang der Befugnisse der verschiedenen Beamten zu erlassen und dabei ebenso zu sorgen, daß es der bürgerlichen Gesellschaft nicht an den Mitteln fehle, kräftig die Schuldigen zur verdienten Strafe zu bringen, aber auch möglichst die individuelle Freiheit der Bürger vor Gefahren zu schützen, die sie von dieser Seite am meisten bedrohen. Die Vergleichung der gesetzlichen Vorschriften in England und Amerika und der Rechtsübung über diesen Punkt lehrt [2]), daß die bürgerliche Gesellschaft mit den reichsten Mitteln der Sicherheit ausgestattet und dennoch die bürgerliche Freiheit, wie in keinem andern Lande, vor gesetzwidrigen Verletzungen geschützt ist.

Wir haben in diesem Archive [3]) die neuesten Gesetzgebungsarbeiten aus den Jahren 1849 und 1850 und die Vorschläge, die in wissenschaftlichen Arbeiten gemacht wurden, angegeben. Seit dieser Zeit haben zwar die über den Schutz persönlicher Freiheit in den Grundrechten enthaltenen Bestimmungen die Schicksale dieser Grundrechte getheilt; allein die dort enthaltenen Ansichten sind nicht ganz untergegangen und werden ihren Eingang in die Gesetzgebung der einzelnen Länder finden. Schon liegen seit 1850 viele neue Gesetzgebungen oder Entwürfe von Strafprozeßordnungen vor, in welchen genaue Vorschriften über Untersuchungshaft sich finden. Dahin gehören die braunschweigische Strafprozeßordnung [4]), die österreichische Strafprozeßordnung [5]), das hanno-

2) Meine Schrift: Das englische, schottische, nordamerikanische Strafverfahren. Erlangen 1851. S. 161. 177 u. S. 216.

3) Jahrgang 1850. S. 480.

4) Braunschweig. Strafprozeß §. 37.

5) Oesterreich. Strafprozeß-Ordn. §. 183—209.

verische Strafprozeßbuch [6]), die bernische Strafprozeßordnung [7]), das preußische Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit [8]), eine Strafprozeßordnung für Frankfurt [9]), das bremische Gesetz [10]), das Gesetz für die Bundes-Strafrechtspflege der Schweiz [11]), und die Entwürfe von Strafprozeßordnungen für Preußen [12]) und Baiern [13]).

Wie bei allen Umgestaltungen des Strafverfahrens, so richtet sich auch bei den Vorschriften über Verhaftung der Blick vorzüglich auf das französische Strafgesetzbuch, dessen Vorschriften so großen Einfluß auf den Entwicklungsgang des deutschen Strafverfahrens seit mehreren Jahren ausübten. Diese Gesetzgebung beruht auf folgenden Sätzen. 1) Es werden 4 Arten von Befehlen unterschieden: a) Erscheinungs-, b) Vorführungs-, c) Verwahrungs-, d) Verhaftsbefehl [14]). 2) Dem Beschuldigten muß der Befehl zugestellt werden. 3) Der Untersuchungsrichter ist es, der die verschiedenen Befehle zu erlassen befugt ist. 4) Bei Anschuldigungen wegen Verbrechen wird immer, bei den wegen Vergehen nach dem Ermessen des Instructionsrichters Haft erkannt. 5) Das Gesetz

---

6) Hannov. Strafprozeß-Ordn. v. 8. Nov. 1850. Art. 58—70.

7) Bernische Str. Pr. O. v. 2. März 1850. §. 143—181.

8) Preuß. Gesetz v. 17. Febr. 1850.

9) Frankfurter Entwurf v. 1850. Art. 98. 103. (mit den Bemerkungen von Dernburg S. XVII.).

10) vom 7. Februar 1851. Art. 34—36.

11) Gesetz v. 1851. Art. 23.

12) Baier. Entw. der Str. Pr. O. v. 1851. Art. 269 fgg.

13) Preuß. Entw. v. 1851. Art. 77. und darüber Abegg in der Schrift: Der Entw. der Str. Pr. O. S. 41.

14) Nachweisungen in meinem Strafverfahren Th. I. §. 75. und dazu Morin Repertoire du droit criminel, vol. II. p. 341 u. 371, und Verbesserungsvorschläge des französischen Prozesses in Ruppenthals Materialien zur Revision der rheinpreuß. Strafprozeß-Ordn. Art. 91—127.

unterscheidet a) die Mittel eine Person vor Gericht zu stellen (dahin gehören die zwei oben 1. unter a u. b genannten Befehle); b) Mittel, um die vorläufige Ergreifung und Bewahrung einer Person zu verfügen (dahin die Befehle unter b u. c); c) Mittel, wodurch erkannt wird, daß der Angeschuldigte während der Untersuchung in Haft bleiben muß (dahin gehört der als gerichtlicher endlicher Ausspruch erscheinende Haftbefehl, den nur der Untersuchungsrichter erkennen kann). 6) In Fällen des sogenannten flagrant délit hat nicht blos der Staatsanwalt, sondern auch jeder Beamte der gerichtlichen Polizei das Recht, die vorläufige Festhaltung des Angeschuldigten zu verfügen, worauf erst der Untersuchungsrichter über die Fortdauer der Haft zu entscheiden hat. 7) Ob ein Verhaftsbefehl wieder aufgehoben werden kann, hängt nur von der Entscheidung der Rathskammer ab. 8) Die Freilassung gegen Sicherheitsleistung darf bei Anschuldigungen wegen Verbrechen nie, sie kann, wenn die Anschuldigung auf Vergehen gerichtet ist, von der Rathskammer bewilligt werden, darf aber nicht unter einer gewissen Summe betragen. Diese Vorschriften, so richtig die Grundideen waren, auf welchen sie beruhten, wurden in Frankreich von allen unabhängigen und verständigen Männern seit vielen Jahren als ungenügend und die individuelle Freiheit vielfach bedrohlich erkannt, um so mehr, als es an besonderen Gesetzen nicht fehlte, welche die Unwirksamkeit des Code vernichteten [15]. Die Grundfehler waren 1) daß bei der

Tiefer eingreifend sind die Vorschläge in Leue's motivirtem Entwurf der Strafprozeß-Ordn. Art. 30—37 u. 53. Motive S. 129. u. 154.

15) Dahin gehörte das Decret von Napoleon v. 3. März 1810 über die Staatsgefängnisse; dort war anerkannt, daß die Regierung ihr gefährlich scheinende Personen, ohne sie den Gerichten abzuliefern, in den Staatsgefängnissen beliebig verwahren kann; das Gesetz vom 25. März 1820 gab dem Ministerrath die Befugniß, gefährliche Personen verhaften zu lassen.

großen absichtlich gewählten Unbestimmtheit des Ausdrucks: flagrant délit[16]), die Befugnisse des Staatsanwalts und der sogenannten Agenten der gerichtlichen Polizei zu weit ausgedehnt waren. 2) Die Vorschrift des art. 91 des Code, nach welcher jedem eines Verbrechens Angeschuldigten ein Vorführungsbefehl von dem Untersuchungsrichter erlassen werden muß, zeigt sich wegen ihrer Allgemeinheit häufig zu hart, wenn man erwägt, wie wenig der Titel eines Verbrechens, z. B. Anklage auf Fälschung, sicher leiten kann, da oft voraussichtlich die nähere Untersuchung nachweisen wird, daß doch nur eine geringere strafbare Handlung vorliegt und weil häufig die Verhältnisse des angesessenen, vermöglichen, durch Familienbande zurückgehaltenen ehrenwerthen Angeschuldigten nicht zur Annahme berechtigen, daß er sich durch die Flucht der Untersuchung entziehen werde. 3) Ein s hr bedenkliches Mittel in der französischen Gesetzgebung ist der obengenannte Verwahrungsbefehl (mandat de depôt). Unbekannt der früheren französischen Gesetzgebung wurde diese Art erst durch Gesetz vom 7. Pluviose Jahr IX eingeführt und hatte einen vorübergehenden, mit der Stellung der damaligen magistrats de sûreté zusammenhängenden Charakter, so daß nach der Ansicht des damaligen Justizministers diese rein provisorische Festhaltung nicht mit der vermöge des Verhaftbefehls eintretenden Haft verwechselt werden durfte. Bei der Berathung über den jetzigen Code[17]) schien die Absicht vorzuliegen, daß man diese Art nicht beibehalten wollte: allein da das Gesetzbuch (art. 95. 97. 107—116) von dem mandat de depôt spricht, so besteht er in der Rechtsübung, leider aber mit einer (wohl absichtlichen) Unbe-

---

16) Trefflich in neuerer Zeit darüber Hélie in seinem Traite de l'instruction criminelle Vol. IV. p. 89—98.

17) Locré XXV. p. 128.

stimmtheit, so daß dieser Befehl trefflich dient [18]), die Zwecke durch eine Verhaftung eines Angeschuldigten in Fällen zu erreichen, in welchen ein Verhaftsbefehl nicht zulässig gewesen wäre. Der gesetzliche Schutz, den der Verhaftete eben hat, ist sehr gering; denn in dem Verwahrungsbefehl bedarf es weder der Angabe der Handlung, deren Jemand beschuldigt wird, noch des Gesetzes [19]). Der vermöge eines solchen Befehls Verhaftete kann keine Berufung an das Bezirksgericht einlegen, außer im Falle der Unzuständigkeit des Untersuchungsrichters [20]); auch der Staatsanwalt kann solche Befehle erlassen [21]). Da über die Bedingungen der Zulässigkeit und die Dauer dieses Befehls gesetzlich nichts bestimmt ist, so kann er sehr gefährliches Mittel der Beschränkung der Freiheit werden [22]). Nach der Auffassung würdiger französischer Praktiker ist dieser Befehl ein Mittel, die Verhaftung in einem der Fälle zu bewirken, wo nicht sogleich der durch einen Vorführungsbefehl vor Gericht Gebrachte vernommen, oder wo auch nach der Vernehmung nicht auf der Stelle entschieden werden kann, ob ein Verhaftsbefehl zulässig ist, und daher vorübergehend der Angeschuldigte an einem nicht zur Verhaftung bestimmten Orte sicher verwahrt wird [23]). 4) Ein anderes großes Gebrechen des Code ist, daß für den Schutz gegen rechtswidrige Verhaftungen und Verletzung der gesetzlichen For-

18) Mangin de l'instruction écrite 1 nr. 147 nennt ihn einen invention du despotisme.

19) Morin Repertoire II. p. 380.

20) Rechtsspruch des Cassationshofs v. 5. Mai 1822.

21) Dies folgt aus art. 100. 106 — 107 des Code.

22) Molènes des fonctions du Procureur du Roi p. 304. avantpropos p. XX.

23) Dies ist die Ansicht von Hélie in seiner Note zur Ausgabe von Mangin (Bruxelles) II. p. 14 (zu nr. 147). Baitard leçons sur le Code d'instr. criminelle p. 157. S. noch Höchster Lehrbuch S. 142.

men dem Angeschuldigten keine genügenden Mittel gegeben werden, die gesetzwidrigen Handlungen nicht als nichtig erklärt sind und die Anstellung von Schadensklagen oder Anklagen so beschränkt ist, daß auf Erfolg kaum gerechnet werden kann [24]), um so weniger als die Unbestimmtheit und Lückenhaftigkeit des Code eine Entschuldigung für den gesetzwidrig handelnden Beamten leicht gewährt. 5) Noch drückender wird dies System, da die nothwendige Befreiung von der Haft gegen Sicherheitsleistung in dreifacher Beziehung sehr erschwert ist, theils a) indem selbst bei Anschuldigungen wegen Vergehen der Gerichtshof blos nach seinem Ermessen die Befreiung bewilligen oder abschlagen kann [25]), b) theils bei manchen Arten von Angeschuldigten selbst bei geringen strafbaren Handlungen das Gesetz jede Möglichkeit der Befreiung ausschließt [26]). 6) Das Gesetz macht es nicht möglich, daß da, wo die Anschuldigung auf ein Verbrechen (crime) gerichtet ist, eine Befreiung gegen Caution eintritt, mag auch die Wahrscheinlichkeit noch so groß seyn, daß wegen vorhandener Milderungs- oder selbst Aufhebungsgründe der Titel des Verbrechens nur täuschend ist [27]), so daß die größte Härte in die Rechtsübung eintritt [28]). Da das

---

24) Nachweisungen in Morin Repertoire II. p. 337.

25) Wegen des Worts pourra im art. 114 Code s. Nachweisungen in meinem Strafverfahren I. S. 476 und Morin Repert. II. p. 343.

26) z. B. bei den Repris de justice. — Ueber die Unbestimmtheit des Ausdrucks s. mein Strafverfahren I. S. 476. Not. 19. Mangin nr. 176. Morin p. 341.

27) Der Code spricht auf eine ganz unpassende Weise vom titre d'accusation, da ja während der Voruntersuchung noch nicht festgestellt ist, welches Verbrechen vorliegt, Mangin nr. 171.

28) Nachweisungen in meinem Strafverfahren I. S. 476. Not. 14 bis 17.

Gesetz ein Minimum angiebt, unter welchem die Cautionssumme gestattet werden darf, so ist das Ermessen der Gerichte sehr beschränkt.

In Frankreich selbst fühlte man früh die Nachtheile dieses Systems; in den Kammern hatte Hr. Roger Vorschläge zur Abhülfe gemacht [29]) und im Jahr 1846 hatte das Ministerium die Gerichtshöfe und Rechtsfakultäten zum Gutachten aufgefordert [30]). Die politischen Kämpfe hinderten die Fortschritte der Gesetzgebung. Im Februar 1848 hob ein Decret vom 22. März wenigstens die Bestimmung des art. 119 Code auf, nach welcher ein Minimum der Caution festgesetzt war. Wie wohlthätig diese Bestimmung wirkte, lehren die neuesten Criminaltabellen Frankreichs. Während in Frankreich unter dem alten Gesetze 1847 von 82247 Verhafteten nur 452 Befreiung von der Haft gegen Caution gegeben wurde, kam 1848 diese Befreiung schon 1416 (von 66865 Verhafteten) und 1849 1935 (von 74839 Verhafteten) zu Statten. Von den im Jahr 6983 1849 wegen Verbrechen Verhafteten [31]) wurden 2774 nicht schuldig erkannt, und von 46503 wegen correctioneller Vergehen Verhafteten wurden 24221 losgesprochen. Man fragt billig, ob durch eine bessere Gesetzgebung diesen juristisch als schuldlos zu betrachtenden Angeschuldigten nicht die schweren Nachtheile der Beraubung der Freiheit und dem Staate die großen Kosten nicht hätten erspart werden können. Die Haft der 27748 eingezogenen und später außer Verfolgung gestellten oder losgesprochenen Personen dauerte

---

29) Nachweisungen im Strafverfahren I. S. 477. Art. 41.

30) Das Gutachten des Cassationshofs s. in Morin Journal du droit criminel 1847. p. 23.

31) Nach der Criminalstatistik p. 273 wurden 1849 in Paris 9073 Personen unter mandats de depôt in Haft gehalten.

bei 19863 einen Monat, bei 4664 zwei, bei 1375 drei, bei 1439 drei bis 6 Monate.

In Belgien, in welchem das französische Gesetzbuch in Kraft ist, zeigte die Erfahrung die nämlichen Gebrechen, welche in Frankreich gerügt wurden. Trefflich hatte Hr. Hoorbecke[32]) (der jetzige Minister) die Mängel der französischen Gesetzgebung in Bezug auf Verhaftung nachgewiesen. Im J. 1849 stellte Hr. Lelièvre in der Kammer der Repräsentanten den Antrag, ein Gesetz über Untersuchungshaft zu erlassen und legte einen ausführlichen Gesetzesentwurf vor[33]). Der jetzige Justizminister Belgiens, Hr. Tesch, ein energischer und gebildeter Jurist, erkannte die Nothwendigkeit der Abhülfe, und veranlaßte, daß die zur Revision der Strafprozeßordnung ernannte Commission einen Gesetzesentwurf über den Gegenstand bearbeitete. Der von dem tüchtigen Criminalisten Nypels in Lüttich erstattete Bericht über den Gesetzesentwurf ist beachtungswürdig, da er gewissenhaft die französischen Erfahrungen und den Stand der Wissenschaft und Rechtsübung angiebt, und die einzelnen Vorschläge begründet. Der Minister legte am 20. Juni 1851 einen Gesetzesentwurf, mit einem einleitenden Vortrage, und im Wesentlichen auf den der Commission gebauten, jedoch mehr abgekürzten Entwurf und Bericht der Commission vor. Die zweite Kammer hat bereits mit wenigen Aenderungen ihre Zustimmung gegeben. Wir wollen vorerst den Entwurf und dann die Begründung und den Gang der Berathung über die einzelnen Punkte mittheilen.

---

32) Considérations à l'appui d'un projet de réforme de l'instruction crim. Bruxelles 1846. p. 25—61.

33) Wir haben ihn in diesem Archive 1850 S. 493 mitgetheilt.

Der Entwurf lautet:

Art. 1. Nach dem mit dem Angeschuldigten abgehaltenen Verhöre tritt statt des Erscheinungs- oder Vorführungsbefehls noch ein Verwahrungs- oder Haftbefehl ein, je nachdem der eine oder andere zulässig ist.

Art. 2. Wenn die Anschuldigung correctionelles Gefängniß nach sich zieht, so kann der Untersuchungsrichter einen Verwahrungsbefehl nur erkennen, wenn erschwerende und außerordentliche Umstände vorliegen, oder der Angeschuldigte keinen Wohnsitz hat. In solchen Fällen muß aber der Richter binnen 5 Tagen von Erlassung des Befehls an der Rathskammer Vortrag erstatten, und es bleibt bei dem Befehle nur, wenn die Rathskammer ihn bestätigt.

Art. 3. Wenn die Anschuldigung auf eine mit entehrender Strafe, mit Zuchthaus oder Zwangsarbeit bedrohte Handlung gerichtet ist, so erläßt der Richter einen Verwahrungsbefehl. Mit Zustimmung des Staatsanwalts kann jedoch der Angeschuldigte frei von Haft gelassen werden.

Art. 4. Ist die Handlung, welche den Gegenstand der Anschuldigung bildet, mit einer anderen entehrenden Strafe bedroht, so erläßt der Untersuchungsrichter nach Vernehmung des Staatsanwalts einen Verhaftsbefehl.

Art. 5. Ist ein Verwahrungsbefehl erlassen, so kann der Untersuchungsrichter während der Untersuchung nach dem zustimmenden Antrage des Staatsanwalts den Befehl aufheben, unter der Verpflichtung, daß der Angeschuldigte sich bei Gericht auf jede Vorladung stellt. Auch kann immer wieder, wenn es erforderlich ist, ein neuer Verwahrungsbefehl erlassen werden.

Art. 6. Der Angeschuldigte kann durch eine Bittschrift an die Rathskammer um Aufhebung des Verwahrungsbefehls nachsuchen. Im Falle des art. 2 ist der

Untersuchungsrichter nur verpflichtet, seinen Bericht 10 Tage nach der Verfügung der Rathskammer über die Bestätigung des Befehls, und im Falle des art. 3 nach 5 Tagen von Erlassung des Verwahrungsbefehls an zu erstatten. Die Rathskammer entscheidet nach Vernehmung des Staatsanwalts. Wird das Gesuch verworfen, so kann es erst wieder nach 10 Tagen erneuert werden. Die Rathskammer kann aber jederzeit von Amtswegen die Aufhebung der Haft verfügen.

Art. 7. Fordern die Umstände des Falles nach Aufhebung des Verwahrungsbefehls wieder die Verwahrung des Angeschuldigten, so kann nach Zustimmung der Rathskammer der Untersuchungsrichter wieder einen solchen Befehl erlassen.

Art. 8. Die vorläufige Befreiung von der Haft kann in jeder Lage des Streits bei der Anklagekammer, wenn bereits die Sache an sie gelangt ist, oder bei dem correctionellen Gerichte, oder dem Appellhofe, oder dem Gerichte, welches die Strafe des Gefängnisses erkannte und der Verurtheilte im Falle der Berufung in Freiheit bleiben will, nachgesucht werden. Ist eine Strafe von einem Assisenhofe erkannt worden, so geht das Gesuch um Befreiung an das correctionelle Gericht.

Art. 9. Die Aufhebung eines Verwahrungsbefehls in Fällen der art. 2 u. 3, so wie die Freilassung von der Haft, kann von der Bedingung der Stellung einer Sicherheit abhängig gemacht werden.

Art. 10. Wenn die Handlung, worauf die Anschuldigung geht, Strafe des Zuchthauses, oder der Zwangsarbeit, oder eine entehrende Strafe nach sich zieht, so ist das Gesuch um Freilassung der Civilpartei an ihrem ordentlichen oder nach art. 68 des Code zu erwählenden Wohnsitze zu eröffnen. Handelt es sich nur um eine correctionelle *Gefängnißstrafe, so kann* die Civilpartei ihre Be-

merkungen über die Sicherheit bei der Rathskammer vorbringen.

Art. 11. In der Verfügung über die Aufhebung des Bewahrungsbefehls und in der Anordnung der einstweiligen Freilassung wird der Betrag der Sicherheitsleistung nach den Umständen und nach der Beschaffenheit des Verbrechens festgesetzt. Begründet die strafbare Handlung Anspruch auf Entschädigung, so wird zu diesem Zwecke die wahrscheinliche Entschädigungssumme und darnach auch der entsprechende Betrag der Sicherheitsleistung festgestellt. Dies geschieht jedoch nur, wenn in der Sache eine Civilpartei aufgetreten ist.

Art. 12. Die Sicherheitssumme gewährleistet 1) die Stellung des Angeschuldigten bei Gericht zu den Untersuchungshandlungen und zur Vollstreckung des Urtheils, 2) die Zahlung der Kosten, Geldstrafen und der Entschädigungssumme (11). Die richterliche Verfügung bestimmt abgesondert die für jede dieser 2 Richtungen trefffende Summe.

Art. 13. Ueber den Betrag der Sicherheitsleistung, und und ob dieselbe zureicht, wird vor dem Gericht von dem Staatsanwalt und der Civilpartei verhandelt.

Art. 14. Die Zahlungsfähigkeit des Bürgen wird durch freie Liegenschaften, deren Werth noch um die Hälfte der Cautionssumme übersteigen muß, bestellt, wenn nicht der Bürge es vorzieht, in der Depositenkasse den Betrag baar zu hinterlegen.

Art. 15. Wird die Caution in Liegenschaften bestellt, so hat derjenige, welcher sie stellt, bei dem Gerichte sich zu verpflichten, den Betrag dem Hypothekenbewahrer, im Falle der Angeschuldigte sich nicht gebührend stellt, einzuhändigen. Diese Verpflichtung zieht persönliche Haft nach sich.

Art. 16. Der Angeschuldigte kann selbst die Sicherheit leisten, entweder durch baare Hinterlegung oder Anweisung auf Liegenschaften (in derin §. 14. 15 bestimmten Weise).

Art. 17. Die baar zur Vollziehung des nr. 2. art. 12 hinterlegte Summe ist zur Zahlung der Entschädigung und der von der Civilpartei ausgelegten Kosten und der Geldstrafe bestimmt (die Staatskasse hat jedoch ein Vorrecht wegen der von der Staatsbehörde verwendeten Kosten). Ist die Caution hypothekarisch auf Liegenschaften bestellt, so haftet sie für die bezeichneten Forderungen und für die Rechte des Staats, auf Stellung des Angeschuldigten.

Art. 18. Die Staatsbehörde und die Civilpartei können auch vor Erlassung des Endurtheils Hypothekareintragungen bewirken.

Art. 19. Der Angeschuldigte wird erst in Freiheit gesetzt, nachdem er durch gerichtlichen Akt seinen Wohnsitz (dem Orte, wo das Untersuchungsgericht oder das entscheidende Gericht sich befindet) gewählt hat.

Art. 20. Der Präsident des Gerichts, welches die Freilassung verfügte, erläßt auf Antrag der Staatsbehörde und Betreiben das Directors das Enregistrement einer Verfügung zur Zahlung der Cautionssumme.

Art. 21. Der erste Theil der Sicherheitsleistung verfällt dem Staate von der Zeit an, als der Angeschuldigte ohne gesetzlich genügende Entschuldigungsursachen ungehorsam bei Gericht sich nicht stellt, oder der Vollstreckung des Urtheils sich entzieht. Wird das Verfahren gegen ihn eingestellt oder er losgesprochen, so kann das Urtheil die Rückgabe dieses Theils der Sicherheit nach Abzug der Summe verfügen, welche zur Deckung der außerordentlichen Auslagen erfordert wird, die durch das ungehorsame Ausbleiben des Angeschuldigten veranlaßt wurden. Der zweite Theil der Sicherheit bleibt in allen Fällen, in denen ein Strafurtheil ergeht, zur Zahlung der Kosten, Geldstrafen und Entschädigung bestimmt. Der Ueberschuß wird zurückgegeben. Im Falle der Lossprechung oder

wenn das Verfahren eingestellt wird, erfolgt die Rückgabe dieses Theils der Sicherheit.

Art. 22. Außer den Zwangsmaaßregeln gegen den Bürgen wird der Angeschuldigte festgenommen und kraft eines Haftbefehls des Untersuchungsrichters oder des Gerichts in Haft gehalten.

Art. 23. Der Staatsanwalt so wie der Angeschuldigte kann Berufung an die Anklagekammer gegen die Verfügungen der Rathskammer über Freilassung ergreifen. Die Civilpartei kann nur jenen Theil der Verfügung angreifen, welcher den sie betreffenden Betrag der Caution angeht, jedoch kann durch diese Berufung die Freilassung des Angeschuldigten nicht aufgeschoben werden.

Art. 24. Die Berufung muß binnen 24 Stunden in Bezug auf den Staatsanwalt vom Tage der Erlassung der Verfügung an, und die Berufung des Angeschuldigten und der Civilpartei, gerechnet vom Tage der Eröffnung der Verfügung an, ergriffen werden.

Unsere Leser werden sich überzeugen, daß dies belgische Gesetz die meisten Fehler des französischen Gesetzbuchs in Bezug auf die Anordnung der Untersuchungshaft vermeidet, vielfache in der Rechtsübung wegen der Unbestimmtheit der französischen Vorschriften vorkommenden Streitfragen entscheidet und Lücken ausfüllt. Der Entwurf bleibt aber dem französischen Systeme, welches vier Arten von Befehlen unterscheidet, treu. Von den neuen deutschen Gesetzgebungen hat die badische[34]), die österreichische[35]),

34) Bad. Prozeß O. von 1845 Art. 169—176. Der Art. 173 spricht von vorläufiger Verwahrung.

35) Oesterr. St. P. O. §. 185—193. Der §. 187 giebt eine vorläufige Verwahrung zu, und §. 191 spricht von eigentlicher Untersuchungshaft.

die thüringische[36]) und hannoversche[37]) Strafprozeßordnung das französische System, jedoch mit manchen Abweichungen, aufgenommen. Der frankfurtische Entwurf[38]) nimmt ebenso die verschiedenen Befehle, die der französische Code kennt, an; er bestimmt aber genauer, als dies im französischen Rechte geschieht, daß der Untersuchungsrichter, wenn sich aus der Vernehmung des Angeschuldigten weitere Verdachtsgründe für das Verbrechen ergeben, oder es unmöglich ist, die begonnene Vernehmung des Angeschuldigten an einem Tage zu Ende zu bringen, einen Verwahrungsbefehl erlassen kann, daß aber dieser Befehl nach Ablauf von 8 Tagen seine Kraft verliert und der Angeschuldigte freigelassen ist, wenn nicht in der Rathskammer eine Verlängerung des Verwahrungsbefehls oder ein Verhaftsbefehl ausgewirkt wurde. Eine zweimalige Verlängerung wird als unstatthaft erklärt. Ein Verhaftsbefehl kann nur durch Beschluß der Rathskammer erlassen werden, nachdem der Angeschuldigte vernommen ist und sich gegen ihn dringende Anzeigen ergeben und die That mit höherer Strafe als Geldstrafe bedroht ist. — Sehr belehrend sind hier die gutachtlichen Bemerkungen des durch lange Praxis mit dem französischen Rechte be-

---

36) Thüring. St. P. O. §. 108—111 u. §. 131. Dieser letzte § stellt den Satz auf, daß eine Untersuchungshaft nur eintritt, wenn der Angeschuldigte nach seiner Vernehmung des Verbrechens verdächtig bleibt und gewisse Erfordernisse, die das Gesetz angiebt, hinzukommen. Der Art. 111. handelt von der vorläufigen Verwahrung zum Behufe der Vorführung.

37) Hannov. St. Proz. O. §. 58 (von vorläufiger Verwahrung) und §. 61, nach welchem eine Verhaftung nur mittelst schriftlichen Befehls des Gerichts und in der Regel erst nachdem der Beschuldigte vernommen wurde, Statt finden soll.

38) Der Entwurf handelt von Art. 78 an von Vorladungen und Vorführungsbefehlen, von Art. 98 an von Verwahrungs- und Verhaftsbefehlen.

trauten Generaladvokaten Dernburg [39]) über die Mißbräuche, welche die Unbestimmtheit erzeugt, oder (wie Hr. Dernburg mit Recht sagt) der französische Gesetzgeber absichtlich in Bezug auf den Aufbewahrungsbefehl wegließ, so daß das Schicksal des Angeschuldigten ganz in die Willkühr des Untersuchungsrichters gestellt ist. — Der neue preußische Entwurf von 1851 [40]) spricht zwar von einem Vorführungsbefehl, aber nicht mit der nöthigen Klarheit [41]) (§. 82—84 und 248), giebt auch der Staatsanwaltschaft einen zu großen Einfluß, indem der vorläufig Festgenommene vor den Staatsanwalt zu bringen ist, welcher verfügen kann (§. 79. 80). Von dem Verwahrungsbefehl wird nicht besonders gehandelt und nur einmal (§. 81) verfügt, daß der Festgenommene vorläufig in Verwahrung genommen werden kann; dagegen spricht §. 89 aus, daß die Untersuchungshaft nur kraft schriftlichen richterlichen Befehls und nicht eher verfügt werden kann, als nachdem der Beschuldigte über den Gegenstand der Beschuldigung vernommen wurde.

Der neue baierische Entwurf von 1851 nimmt die französischen, wie die Motive aussprechen [42]), unpraktischen Resultate zwecklosen Unterscheidung der verschiedenen Befehle nicht an, indem die Zwecklosigkeit des mandat de depôt auch von französischen Juristen anerkannt werde und die Ausscheidung eines Vorführungsbefehls überflüssig sey, da die Vorführung dem Wesen nach doch nur eine Verhaftung sey, die nach dem Entwurfe immer wieder aufgehoben

39) im Bericht des Ausschusses an die gesetzgebende Versammlung S. XVII.

40) im Titel VIII. von der Entziehung der Freiheit und von der Freilassung.

41) Abegg in seiner Schrift: Der Entwurf der Strafproz. O. S. 51 bemerkt, daß der Ausdruck von dem Bearbeiter des Entwurfs in einem verschiedenen Sinne gebraucht ist.

42) *Motive S. 67.*

werden kann. Der Entwurf [43]) stellt darnach alle Fälle, wo eine Festhaltung des Angeschuldigten eintritt, unter einen Gesichtspunkt, nämlich den der Verhaftung.

Wir glauben, daß der Verfasser des baierischen Entwurfs mit Unrecht durch Mängel der Ausführung des Systemes in der französischen Gesetzgebung sich bewegen ließ, auch die richtigen leitenden Grundsätze zu verwerfen, auf welchen die französische Unterscheidung der Befehle beruht. Unfehlbar werden alle Interessen des Schutzes der Staatsordnung und der persönlichen Freiheit vereinigt, wenn man der Grundidee, welche dem französischen Systeme vorschwebt, treu bleibt, daß man der Staatsgewalt 1) das Mittel giebt, durch Vorführungsbefehl mittelst Zwanges die Stellung des Angeschuldigten vor Gericht zu bewirken, 2) durch den Verwahrungsbefehl das Mittel gewährt, in Fällen, in denen nicht sogleich über die Zulässigkeit der eigentlichen Verhaftung entschieden werden kann, die Freilassung aber die Entdeckung des Verbrechens gefährden könnte, eine vorläufige Festnehmung des Angeschuldigten auf kurze Zeit zu bewirken, und wenn 3) der Grundsatz festgehalten wird, daß eine Verhaftung nur kraft richterlichen Beschlusses erkannt werden kann, wenn bereits der Angeschuldigte volle Gelegenheit zur Rechtfertigung erhielt, und dringende Verdachtsgründe ungeschwächt vorliegen, und die Größe der wahrscheinlich drohenden Strafe die Verhaftung rechtfertigt. Alles kömmt nur darauf an, daß der Gesetzgeber recht scharf den Unterschied zwischen dem Verwahrungs- und dem eigentlichen Verhaftsbefehl auch in der Vollstreckung der Festhaltung hervortreten lasse, z. B. in sofern die Verwahrung in andern Räumen als die Verhaftung und mit geringeren Beschränkungen als diese vollzogen wird. Es wird dann im Volke sich die

43) Entwurf Art. 293 — 339.

Rechtsansicht bilden, daß die Verwahrung nicht der Verhaftung gleichgestellt wird.

Doppelt wichtig ist es daher, wegen des Einflusses des französischen Systemes auf die neuern Gesetzgebungen genau die Verbesserungen zu beachten, welche die belgische Gesetzgebung in Bezug auf das französische System einführt.

I. Das belgische Gesetz behält in Bezug auf die Erscheinungs- und Vorführungsbefehle die Bestimmungen des französischen Code bei. Eine Untersuchungshaft kann nicht eintreten, wenn nicht der Angeschuldigte vorerst vernommen oder in die Lage gesetzt wurde sich zu rechtfertigen. Der Code stellt den Satz auf, daß der Untersuchungsrichter da, wo die Anschuldigung auf crime gerichtet ist, einen Vorführungsbefehl erlassen muß. Die belgische Commission schlägt vor, diese Vorschrift beizubehalten, weil die rechtzeitige Festnahme eines Angeschuldigten das sicherste prozessualische Mittel ist, den Angeschuldigten überrascht, ehe er die Spuren des Verbrechens vertilgen kann, ihn von seinen Mitschuldigen trennt und den Zeugen Muth giebt. Diese Vortheile aber würden, wie die Commission meint, verschwinden, wenn man den Untersuchungsrichter in die Lage des Zweifelns setzt und es ihm möglich macht, den Vorführungsbefehl zu unterlassen, und dadurch der bürgerlichen Gesellschaft einer gewichtigen Waffe zu berauben. Ohnehin laste (erklärt der Bericht) auf dem Untersuchungsrichter eine große Verantwortlichkeit, die nicht vermehrt werden darf, indem man ihm die Wahl zwischen zwei Arten von Befehlen läßt. Als in Frankreich der Justizminister über die Vorschläge von Roger Gutachten der Gerichte forderte, erklärte sich die Mehrheit für die Beibehaltung des französischen Grundsatzes (nämlich der Cassationshof, 25 Appellationshöfe und 5 *Rechtsfakultäten*). Dennoch wollte die belgische Commis-

sion eine Ausnahme eintreten lassen, so daß auch bei Anschuldigung wegen Verbrechen, die nur reclusion nach sich ziehen, ein Erscheinungsbefehl erlassen werden darf, weil unter den mit dieser Strafe bedrohten Verbrechen mehrere sich befänden, bei welchen so viele mildernde Umstände vorhanden seyn können, daß die Schwere des Verbrechens sehr herabsinkt. Die Commission hatte in ihrem Entwurfe diese Bestimmung aufgenommen, eben so ausgesprochen, daß ein Vorführungsbefehl erlassen werden muß, so oft der Angeschuldigte nicht Wohnsitz im Lande hat; und um leichtsinniger Erlassung von Vorführungsbefehlen vorzubeugen, wurde im Art. 4. erklärt: daß die bloße Anzeige keine genügende Vermuthung begründe, um darauf gegen einen Angeschuldigten, der Wohnsitz hat, einen Vorführungsbefehl zu erlassen. Der Regierungsentwurf läßt (wie der oben mitgetheilte Entwurf lehrt) diese Vorschläge der Commission weg und behält so die ganze ausnahmslose Strenge des französischen Code bei, daher auch die Vorschrift, daß bei Anschuldigung wegen crime ein Vorführungsbefehl erlassen werden muß. — Wir können diese Ansicht nicht billigen und die oben angegebenen Gründe nicht als genügend erkennen. Ein weiser Gesetzgeber wird bei den Vorschriften über Strafverfahren das Princip der Zweckmäßigkeit zum Grunde legen, und seinen Beamten, wenn sonst nur die nöthigen Garantieen aufgestellt sind, möglichst freies Ermessen in Bezug auf die Anwendung von Formen zuerkennen, indem er auf einer Seite die nöthige Ermächtigung zum Gebrauche von Mitteln giebt, welche die Entdeckung der Schuld sichern, aber dabei auf die verständige Erwägung der Umstände des einzelnen Falles rechnet, damit nur das dem Bedürfnisse des Falles Entsprechende verfügt und kein drückenderes Mittel angewendet werde, wenn der Zweck durch ein weniger drückendes ebenso erreicht werden kann. Es ist freilich sehr bequem, wenn

der Gesetzgeber dem Untersuchungsrichter die Verantwortlichkeit abnimmt, und statt ihm die Wahl der zweckmäßigsten Mittel zu überlassen, absolut die Anwendung eines bestimmten Mittels in gewissen Fällen vorschreibt, in denen der Mehrzahl nach das mildere Mittel ebenso hingereicht haben würde. Der Untersuchungsrichter darf nicht zur Maschine gemacht werden. In der deutschen Rechtsübung und nach den Gesetzgebungen kann der Richter einen Vorführungsbefehl erlassen, er muß es aber nicht. Die Erfahrung in Deutschland hat nicht gezeigt, daß dadurch ein Nachtheil für die bürgerliche Gesellschaft entstanden ist. Nichts kann aber unpassender seyn, als wenn die Verpflichtung gewisse Mittel anzuwenden davon abhängig gemacht wird, ob die Anschuldigung auf ein Verbrechen oder Vergehen gerichtet ist. Die Gränze zwischen beiden ist nicht durch die Natur der Sache gezogen; bei der Einleitung einer Untersuchung ist es in vielen Fällen gar nicht möglich zu bestimmen, ob ein Verbrechen oder Vergehen vorliegt; selbst in den Fällen, in welchen dem objectiven Bestande nach ein Verbrechen vorzuliegen scheint, kann schon anfangs der Untersuchungsrichter Gründe der Ueberzeugung finden, daß die Anschuldigung durch nähere Erforschung sehr herabsinken wird; er kann aus der Persönlichkeit und allen Verhältnissen des Angeschuldigten Gründe schöpfen, welche der schweren Beschuldigung entgegentreten, oder die Vermuthung begründen, daß der Angeschuldigte nicht entfliehen und keine Mittel, der Untersuchung und Entdeckung der Wahrheit entgegenzuwirken, anwenden werde. Der einfache Erscheinungsbefehl wird hier genügen; jeder Praktiker weiß aber auch, daß es ihm an Mitteln nicht fehlt, den Vorzuladenden beobachten zu lassen, und da, wo dieser Versuche macht zu entfliehen, rasch der Ausführung entgegenzuwirken.

Fortsetzung im nächsten Hefte.

III.

Ueber

die Bestrafung hochverrätherischer im Auslande begangener Handlungen.

Von

H. A. Zachariä.

Es ist bekannt, daß in der Theorie sehr verschiedene Ansichten über die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen aufgestellt worden sind, was sich besonders daraus erklärt, daß es an bestimmten positivrechtlichen Anhaltspunkten in den gemeinrechtlichen Quellen fehlt. Denn wenn auch einige Bestimmungen des gemeinen Rechts hierher gezogen worden sind, so mußte man doch bald erkennen, daß sie sich nur auf die Competenzverhältnisse der verschiedenen Jurisdictionsinhaber eines größern (staatlichen oder kirchlichen) Organismus beziehen. Dies gilt namentlich von den Aussprüchen des römischen Rechts, daß nur da gestraft werden solle, wo delinquirt wurde (Ausschließlichkeit des forum delicti commissi), sowie von der Cap. 2. de constit. in VI^{to} (I. 2.) gegebenen Entscheidung, wonach, unter Berufung auf den Satz: „cum extra territorium jus dicenti non pareatur impune", die von einem Bischof hinsichtlich eines außerhalb seiner Diöces begangenen Delicts ausgesprochene Excommunication für unwirksam erklärt wird. Ganz unpassend ist auch *die Bezugnahme* auf clem. 2. de sent.

et re judicata (II. 11.) Seitens Derjenigen, welche das Recht zur Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen negiren, sowie anderer Seits die Anerkennung des forum domicilii und deprehensionis nichts für die entgegengesetzte Ansicht beweisen kann. Ueberdies ist die in mehrern deutschen Reichsgesetzen vorkommende Verpflichtung der Obrigkeiten zur Bestrafung gewisser in ihrem Gebiete betretener Uebelthäter (Reichsabsch. v. 1559. §. 26, Reichsmünzordn. v. 1559. §. 161, Reichspol.-Ordn. v. 1577. Tit. 23. §. 2.) mit der Auflösung der deutschen Reichsverfassung erloschen. Denn war dies eine auf dem Subordinations-Verhältniß der Territorial-Gewalten zu Kaiser und Reich beruhende Verpflichtung, aus welcher jetzt keine Rechte gegen den einzelnen Bundesstaat mehr abgeleitet werden können, wenn man auch vielleicht die fortdauernde Gültigkeit jener Rechtsnormen für die Gerichte eines und desselben Landes in sofern festhalten will, als sie zu integrirenden Bestandtheilen des Territorial-Strafrechts geworden sind.

Für Folgerungen aus beliebig angenommenen Vordersätzen und s. g. strafrechtlichen und politischen Theorieen blieb deshalb in der gemeinrechtlichen Doctrin der freieste Spielraum, und man muß bekennen, daß in dieser Beziehung die verschiedenen Doctrinen viel weiter divergiren, als dies in Betreff der neuern deutschen Strafgesetzgebungen der Fall ist, die doch in den Hauptpunkten ziemlich übereinstimmen. Während der Eine von der Idee einer Beschränkung der Wirksamkeit des Gesetzes auf die Gränzen des Staatsgebietes ausging, gleichsam als würden die Gesetze für das Gebiet und nicht für die zum Staate gehörigen Personen gegeben und demnach consequenter Weise gar kein im Auslande begangenes Verbrechen strafen durfte, wollten Andere, von der Idee eines natürlichen, überall geltenden Strafrechtes geleitet, dem Staate

das Recht zur Bestrafung eines jeden im Auslande begangenen Verbrechens beilegen, sobald er den Verbrecher in seiner Gewalt habe. Wieder Andere beschränkten das Strafrecht auf die von Unterthanen im Auslande begangenen Verbrechen. Sie geben zu, daß Gesetze den Unterthan als solchen verpflichten, und folgerten daraus richtig ein Strafrecht des Staats in Betreff der von seinen Unterthanen im Auslande begangenen Verbrechen. Allein, weil ihnen die Nothwendigkeit der Verletzung eines vom Staate zu schützenden Rechts zum Begriffe des Verbrechens im Kopf spukte, so beschränkten sie jenes Strafrecht unnatürlicher Weise auf die an Mitbürgern oder an dem heimischen Staate selbst begangenen Verbrechen. (Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechts §. 31. §. 40.)

Es ist nicht der Zweck dieser Abhandlung, die theoretischen Streitigkeiten über diese Frage weiter zu verfolgen, oder eine die ganze Lehre umfassende Darstellung zu geben, sondern nur nach einer Seite hin, in Beziehung auf eine in der neuern criminalistischen Praxis mehrfach aufgetauchte Frage, einen Beitrag zu liefern, der besonders die Bestrafung der im Auslande begangenen hochverrätherischen Handlungen eines Staatsunterthanen zum Gegenstand hat.

Wir gehen dabei von dem allgemeinen Grundsatze aus, welcher aus der Natur des positiven Gesetzes überhaupt und des Strafgesetzes insbesondere abzuleiten ist, und in sofern auf der Basis des positiven Rechts selbst beruht, daß der Staat das Recht und die Pflicht hat, die von seinen Unterthanen im Auslande begangenen Verbrechen in soweit zu strafen, als in der im Auslande begangenen Handlung eine Verletzung des einheimischen Gesetzes gefunden werden muß. Dazu hat der Staat das Recht, ohne Unterschied, ob sich der Unterthan zur Umgehung des einheimischen Gesetzes ins Ausland begeben hat, oder nicht.

Denn das Gesetz begründet eine persönliche Verpflichtung des Unterthans, ihm zu gehorchen, und seine Wirksamkeit ist von den Gränzen des Staatsgebietes unabhängig. Nur die Acte der Staatsgewalt sind in sofern local, oder auf die Gränzen des Staats eingeschränkt, als die Ueberschreitung derselben mit einem Eingriff in fremde Oberherrlichkeit verbunden seyn würde. Die durch das Gesetz verpflichteten Staatsbürger verlieren diese Eigenschaft nicht durch temporäre Entfernung, und sowie sie Unterthanen bleiben und auch den Schutz des heimischen Staates beanspruchen können, so sind sie auch fortwährend durch dessen allgemeine und specielle Verbote und Gebote verpflichtet [1]. — Von einer Pflicht kann aber theils in sofern gesprochen werden, als die Bestrafung der Verbrechen überhaupt zunächst Pflicht und nur folgeweise ein Recht des Staates ist; (der Staat ist auch hier nicht weiter berechtigt, als er verpflichtet erscheint), theils deshalb, weil es den internationalen Verhältnissen der Staaten widersprechen würde, wenn in Fällen, wo der Verbrecher vom Strafgericht des Staats, innerhalb dessen Gränzen er das Verbrechen verübte, nicht zu erreichen ist, und nach den Gesetzen seines Heimathslandes auch nicht ausgeliefert werden kann, die Ahndung des Verbrechens ganz unterbleiben sollte, obwohl die That auch nach dem Rechte des Staats, dessen Unterthan er ist, als Verbrechen betrachtet werden muß.

Letzteres muß aber freilich stets als die unumgänglich nothwendige Bedingung und Schranke des Strafrechts des Staats in Betreff der von seinen Unterthanen im Auslande

---

1) So sagt schon Böhmer ad Carpzovium Qu. XLI. nr. 17 ganz richtig, es sey einerlei, ob der Unterthan innerhalb oder außerhalb der Staatsgränzen conspirire gegen seine Regierung, „cum locus delicti nexum subjectionis tollere nequeat.“

begangenen Verbrechen betrachtet werden. Denn der Staat kann nur Wächter und Vollzieher seines eigenen Gesetzes seyn, und es würde der im Staatsbegriff liegenden Selbstständigkeit und Unabhängigkeit widersprechen, wenn er sich je zum Executor eines fremden Willens machen lassen, oder nach auswärtigen Gesetzes-Vorschriften strafen wollte.

So wenig man es aber einer Seits nach der hier festgestellten Grundlage des Strafrechts für im Auslande begangene Handlungen als eine streng rechtliche Forderung betrachten kann, daß die Handlung auch da Verbrechen oder positivrechtlich strafbar sey, wo sie begangen wurde, oder daß der Richter an das mildere ausländische Recht bei der Bestrafung verwiesen werden müßte [2]), — so ergeben sich anderer Seits aus diesem Principe von selbst die Ausnahmsfälle, in welchen ein von einem Staatsunterthan im Auslande begangenes Verbrechen in seiner Heimath nicht bestraft werden kann, nämlich dann nicht, wenn sich das einheimische Strafgesetz auf die im Auslande begangene

---

2) Daß dies in den neuern Strafgesetzgebungen, unter verschiedenen Modificationen, angeordnet ist, darf als bekannt betrachtet werden. Uebereinstimmend und der Forderung der Gerechtigkeit entsprechend ist die Satzung, daß durch die im Auslande erlittene Strafe auch die Schuld im Verhältniß zum heimischen Staate getilgt werde. Weniger ist der Fall einer im Auslande nur theilweise erfolgten Bestrafung berücksichtigt und auch die Wirkung einer im Auslande erfolgten Begnadigung, — die wir freilich nach dem obigen Princip an sich nicht auf den heimischen Staat beziehen können, — besprochen. Vergl. v. Klencke in dessen und Grefe's Magazin für das Hannov. Recht, Bd. I. S. 85 f. Das neue Preußische Strafgesetzbuch v. 14. April 1851, welches die Bestrafung (mit Ausnahme der Staatsverbrechen) überhaupt dadurch bedingt, daß die Handlung auch durch die Gesetze des Orts, wo sie begangen wurde, mit Strafe bedroht sey, legt auch der im Auslande erfolgten Begnadigung die Wirkung bei, daß dann keine Verfolgung oder Bestrafung in Preußen mehr zulässig sey. Es bezieht sich dies *aber nur auf* die Begnadigung im engern *Sinne, oder Erlaß der* rechtskräftig erkannten Strafe.

verbrecherische Handlung gar nicht beziehen läßt, oder es in der Heimath des Thäters an einer darauf anwendbaren strafrechtlichen Norm ganz fehlt. Zu diesen Ausnahmsfällen gehört z. B. ganz zweifellos die Classe der eigentlichen Polizei-Delicte und die Defraude im fremden Zollgebiete, indem alle Polizei- und Zollstrafgesetze immer nur die concrete Staatseinrichtung und nicht die gleichen oder ähnlichen fremder Staaten zum Gegenstand haben. Dasselbe muß aber auch vom Verbrechen des Hochverraths behauptet werden, wobei sich jedoch von selbst versteht, daß, wenn in der Handlung zugleich der Begriff eines gemeinen Verbrechens, wie Mord, Brandstiftung, Gewaltthat, erfüllt ist, für dieses die allgemeine Regel in Kraft bleibt, wonach der Staat das von seinem Unterthan auch im Auslande begangene Verbrechen zu bestrafen berechtigt ist.

Von einem Hochverrath kann nämlich offenbar immer nur in Beziehung auf denjenigen Staat gesprochen werden, gegen welchen der in feindseliger Absicht gegen einen Grundbestandtheil desselben unternommene Angriff gerichtet war. Dieser Staat mag dann auch den Ausländer, welcher sich an einem wider seine Regierung, Verfassung, Integrität und Selbstständigkeit gerichteten Unternehmen betheiligte, als Hochverräther strafen, obwohl nicht blos eine verbreitete Theorie [3]), sondern auch noch neuere Gesetzgebungen, wie z. B. das Hannoversche Crim. Gesetzb. Art. 118 zum Begriff des Verbrechens einen Staatsunterthan verlangen, was jedoch fast keine praktische Bedeutung hat, weil sie nachträglich auch

3) So sagt z. B. schon Carpzov. Pract. Qu. 41. nr. 16: „Quamvis enim indubitatum sit, hoc crimen nonnisi a subditis perpetrari", unter Berufung auf ältere Autoren; namentlich auch Clarus Sent. recept. §. laes. maj. nr. 6. Dagegen erklärt sich Böhmer ad Carpzov. Qu. XLI. nr. 17.

den Ausländer (Hannov. Crim. Ges. Art. 121.) denselben Strafbestimmungen unterwerfen, „soweit nicht Verhältnisse eintreten, welche lediglich nach den Grundsätzen des Völkerrechts beurtheilt werden müssen" [4]).— Allein ein anderer Staat kann niemals Handlungen als Hochverrath strafen, die nicht gegen ihn selbst gerichtet waren, und also auch seine Staatsangehörigen nicht wegen feindseliger Unternehmungen gegen fremde Staaten als Hochverräther processiren, wobei es selbst einerlei ist, ob diese Handlungen auf eignem oder fremdem Staatsgebiet vorgenommen wurden, obwohl im ersten Falle ein anderes gegen ihn selbst gerichtetes Delict z. B. unerlaubter Werbung u. s. w. vorliegen kann. Denn fremde Strafgesetze können für ihn kein eigenes Strafrecht begründen, und die eigenen Gesetze wider den Hochverrath haben, wie auch der Ausdruck der ältern und neuern Gesetzgebungen bestätigt, immer nur den eigenen Staat, dessen Oberhaupt, Verfassung, Integrität und Selbstständigkeit zum Gegenstand. Deshalb wird schon im römischen Recht nur derjenige als Majestätsverbrecher bezeichnet, welcher sich gegen das römische Volk, die römische Republik, oder später den römischen Princeps in der in den Ge-

4) Cf. Feuerbach's Lehrb. des peinl. Rechts §. 163. und dazu Mittermaier's Note IV — Das Preuß. Strafgesetzb. v. 1851 macht den Begriff des Hochverraths gar nicht von der Eigenschaft eines Preußen abhängig und bestraft selbst den Ausländer (§. 4.) wegen des im Auslande begangenen, gegen Preußen gerichteten Hochverraths, sowie wegen Majestätsbeleidigung und Münzverbrechen. Bei der s. g. Landesverrätherei (§. 67. 69.) fordert es zwar, daß die Handlung von einem Preußen verübt sey, bestimmt aber dann im §. 70: „Gegen Ausländer ist wegen der in den §§. 67 und 69. erwähnten Handlungen nach dem Kriegsgebrauche zu verfahren. Begehen sie aber solche Handlungen, während sie unter dem Schutze Preußens in dessen Gebiete sich aufhalten, so kommen die in den §§. 67 und 69. bestimmten Strafen zur Anwendung.

setzen bestimmten Weise vergeht, während von auswärtigen Staaten nur in soweit die Rede ist, als sie zu Feinden des römischen Volks gemacht werden sollten [5]). Das auf Deutschland übertragene römische Recht konnte daher auch nur mit dieser in der Natur der Sache liegenden Beschränkung gemeines Recht werden. Abgesehen von den particularen Bestimmungen der alten Volksrechte, welche unsere Regel nur bestätigen [6]), kennt das ältere Recht nur einen Hochverrath an Kaiser und Reich, weil nur das Reich den Begriff des Staats erfüllte. Die goldene Bulle Kap. XXIV. stellte aber nur die Kurfürsten, als wesentliche Bestandtheile des Reichskörpers [7]), dem Kaiser in sofern gleich, als auch durch Verschwörungen gegen ihr Leben das mit dem Tode bedrohte Majestäts-Verbrechen begangen werde. Auch die peinl. Gerichtsordn. Karls V. v. 1532, welche wohl aus Rücksicht auf die damaligen politischen Verhältnisse den Art. 132 der Bamberg. H. G. O. von 1507 nicht aufnahm, und auch den folgen-

5) L. 4. D. ad L. Jul. maj. (48, 4.) — „cujusve opera dolo malo hostes populi Romani armis — aliave qua re adjuti erunt, utve ex amicis hostes populi Romani fiant, cujusve dolo malo factum erit, quo rex externae nationis populo Romano minus obtemperet.“

6) Lex Saxon. Tit. III. c. 1. Lex Ripuar. Tit. XLIX. c. 1. Lex Bajuvar. Tit. II. c. 1. §. 1. Rotharis Leges c. 1. Lex. Alamannor. Tit. XXIV. Archiv des Criminalr. 1838. S. 533.

7) Die goldene Bulle bedient sich dabei auch des aus der L. 5. Cod. ad L. Jul. maj. entlehnten Ausdruckes: „nam et ipsi pars corporis nostri sunt.“ In einem Decrete Kaisers Rudolph II. heißt es: „Daß der Churfürsten Hoheit und Autorität mit eines Römischen Kaysers Gewalt und Hoheit, dahero sie auch fleußt, dermaßen verbunden, daß eine ohne die andere nicht verschmälert werden, auch ohne die andere nicht *bestehen kann*.“

ren Artikel 133 wegließ [8]), erwähnt nur gelegentlich des Majestätsverbrechens gegen den Kaiser (Art. 218). Verrath am eigenen Herrn, Land oder Stadt wurde als das nicht auf den Staat oder die Obrigkeit beschränkte Verbrechen der Verrätherei gestraft.

Mit der weitern Entwicklung der staatlichen Selbstständigkeit der Territorien und der Unabhängigkeit der deutschen Fürsten, denen die Juristen nach und nach die Rechte des römischen Princeps und alle Attribute einer obersten Staatsgewalt, in soweit die Reichsverfassung nicht eine Beschränkung festhielt, beilegten, wurde nun freilich, unter Anwendung der Bestimmungen des römischen Rechts, über Diejenigen, „qui aliquid contra rempublicam vel principem moliti sunt", auch jede Territorial-Gewalt und ihr Inhaber zum Gegenstand des Verbrechens des Hochverraths gemacht [9]), — allein mit dem Rechts-

8) Bamb. H. G. O. Art. 132: „Item so einer Römische Keyserliche oder Königliche majestät vnser aller genedigste Herren lestert, verbündnuß oder eynigung wider dieselben majestät dermassen macht, das er damit zu latein genant Crimen lese majestatis gethan hat, Sol nach sage der Keyserlichen geschrieben recht an seinen eren, leben vnd gut gestrafft werden." — Art. 133: „Item lestert einer sunst seinen Herren mit wortten oder werken, der sol (so das peynlich geclagt vnd außgefürt wurdet) nach gelegenheit vnd gestalt der lesterung an seinem leyb oder leben nach Rate der rechtverständigen gestrafft werden." Offenbar versteht die Bamb. H. G. O. unter „Herren" hier nicht blos den Landesherrn, sondern nimmt den Ausdruck in demselben weitern Sinne, wie im Art. 149. bei der Verrätherei und im Art. 162. beim Mord. — Offenbar hält die P. G. O. den Art. 133 der Bamb. H. G. O. wegen der (in Art. 124 und 137.) recipirten Bestimmungen über Verrätherei und Mord für überflüssig.

9) Daß dies die Bamb. H. G. O. noch nicht auszusprechen wagte, ergiebt sich aus der in der vorigen Note angeführten Stelle. Aber auch in der Theorie zögerte man damit noch lange. So erklärt sich z. B. noch Carpzov in seiner Pract. rer. crim. aus allgemeinen Gründen dagegen. Ausgehend von dem Begriff der majestas beim crimen laesae majestatis (Qu. XLI. nr. 23.), nimmt er diese für identisch mit einer wirkli-

grunde, der dies möglich machte, der Unabhängigkeit und Selbstständigkeit der Territorien im Verhältniß zu einander, war auch entschieden die Folge verknüpft, daß die Landesgerichte, die nur hinsichtlich der Verbrechen gegen Kaiser und Reich als Gerichte eines Staats zu betrachten waren und hier die Reichsgesetze zur Anwendung zu bringen hatten, nur den Verrath am eigenen Lande oder am eigenen Herrn als Hochverrath zu

---

chen Staatsgewalt („Sed per majestatem jus ipsum, quod in summa potestate consistit, intelligendum est"). Sie ist ihm die „summa, indivisibilis, perpetua legibusque soluta potestas." Er gesteht sie deshalb keinem zu, der noch einen Oberherrn hat, erklärt die Bestimmung der goldnen Bulle in Betreff der Churfürsten für eine singuläre, und sagt nr. 66: „Quantum vero ad reliquos Principes, Comites, Barones atque Status Imperii, si quis forsan eos offendat, non perpetrari crimen laesae Majestatis, ex antea dictis sequi videtur. Quia istis Principibus seu Superiorem recognoscentibus Imperatorem, cui immediate subsunt, Majestas non adscribenda est, ut quae superius supra se nil agnoscit." Plötzlich nimmt aber Carpzov's Deduction doch eine andere Wendung. Weil nämlich in L. 5. Cod. ad C. Jul. maj. verordnet sey, daß das Crimen majestatis auch von demjenigen begangen werde, „qui de nece consiliariorum ac Senatorum Imperatoris cogitat", so meint er, es werde Niemand so ignarus in rebus politicis seyn, um zu leugnen, daß die Fürsten, Grafen und die übrigen Stände des Reichs „Consiliarios ac Senatores esse Caesareae Majestatis, qui in Comitiis Imperialibus de commodo et utilitate Imperii una cum Imperatore consultant." Auch seyen sie, wie er weiter ausführt, als Stände des Reichs Mitinhaber der Reichsgewalt und deshalb auch Theilhaber der imperatoria majestas. „Quo intuitu considerantur et membra Imperii, quia cum Imperatore constituunt Imperium eoque respectu Majestatem habent, nec subditi sunt." In ihrer andern Eigenschaft freilich als Landesherrn komme ihnen keine Majestas zu; da seyen sie, als Einzelne betrachtet, nur subditi ac vasalli von Kaiser und Reich. — Man ersieht aber hieraus, daß Carpzov die Landesherrn als solche nicht als Gegenstand des Majestäts-Verbrechens betrachtete, und in soweit bleibt das Zeugniß desselben für die Rechtsanschauung seiner Zeit immer noch von Bedeutung. (Die zum Theil sehr bedenklichen scholastischen und reichsstaatsrechtlichen Doctrinen Carpzov's zu widerlegen, ist nicht unsere Aufgabe.) Was aber noch Carpzov leug-

strafen berechtigt seyn konnten[10]), und daß mithin das, in Ermangelung besonderer Landesgesetze hierbei angewendete, römische Recht hierbei auch nur auf den eigenen Landesherrn und die besondere Landesverfassung zu beziehen war. Das materiell gemeine Recht Deutschlands konnte daher in dieser Beziehung schon zur Zeit des Reichs nur als ein die specielle Landesverfassung schützendes Particular-Gesetz zur Anwendung kommen.

Noch mehr mußte dies nach Auflösung der deutschen Reichsverfassung, womit die Erlangung einer vollständigen Souveränetät für die der Mediatisirung entgangenen Stände verbunden war, der Fall seyn. Die schon im Reiche vol-

---

nete, lehrt schon Böhmer ad Carpzov (Qu. XLI. nr. 88.) mit Entschiedenheit, indem er sagt: die goldne Bulle spreche zwar nur von den Churfürsten; „id vero non officit, quo minus contra eos (sc. reliquos imperii principes) in ipsorum territoriis verum majestatis crimen committatur. — Debitur enim illis intra terrarum suarum districtum talis suprematus, qui jura majestatica complectitur; siquidem jura sua non dependentes, sed ex legum Germanicarum sanctione et *sic* jure proprio excercent, in quo praecipuus majesta*tis* character consistit." Es komme wenig darauf an, sagt Böhmer, wenn man es in diesem Falle nicht crim. laesae majestatis, sondern laesae superioritatis nenne, wie schon Beyer, Synopsis jur. crim. Jenae 1731. kurz referirt: „Adversus reliquos Imperii status videtur istud a solis subditis territorialibus committi; unde et a nonnullis crimen laesae superioritatis Territ. appellatur." (Lib. II. Tit. XII. §. 7.) Auch Engau Elem. jur. crim. (Jen. 1753) §. 478 lehrt, daß das Majestäts-Verbrechen in Deutschland gegen den Kaiser, den römischen König und die Churfürsten von Jedermann, gegen die übrigen Reichsstände aber nur von einem ihrer Unterthanen begangen werden könne. Ebenso: Koch, Instit. jur. crim. Jen. 1758. §. 567.

10) Daraus erklärt sich auch die in der vorigen Note documentirte Ansicht der Criminalisten des vorigen Jahrhunderts, daß der Hochverrath gegen einen Landesherrn nur von einem Unterthan desselben begangen werden könne, wobei auch die Gleichstellung des vasallitischen und landsassiatischen Verhältnisses von *Böhmer und Andern* ausdrücklich zurückgewiesen wird.

lendete Abschließung der Territorien zu selbstständigen und von einander völlig unabhängigen Staatsgebieten war jetzt auch nach Oben hin vollzogen, und die deutschen Staaten erkannten nunmehr keine andern, als die abgemeinen völkerrechtlichen und die durch Vertrag besonders übernommenen Pflichten gegen einander an. Dies wurde auch bei der Gründung des deutschen Bundes im Jahre 1815 festgehalten und eine staatsrechtliche Organisation desselben in keiner Weise beliebt. Auch die für den deutschen Bund festgestellte, sehr dehnbare allgemeine Zweckbestimmung (Bundesacte Art. 2. Wiener Schlußacte Art. 1, 2.) nahm doch die „Unabhängigkeit" der einzelnen Staaten von einander in sich auf. Dabei wurde der Bund ausdrücklich als ein völkerrechtlicher Verein bezeichnet und die Beschränkung der Souveränetät der „selbstständigen, unter sich unabhängigen Staaten" für die Zwecke des Ganzen auf das unentbehrlichste Maaß zurückgeführt. Es läßt sich daher auch, was unsere specielle Frage betrifft, aus dem Bundesverhältniß, in welchem die deutschen Staaten seit 1815 zu einander stehen, gar kein Rechtsgrund dafür entnehmen, daß der eine Staat Angriffe, welche einer seiner Angehörigen gegen einen andern deutschen Bundesstaat unternommen hat, als Hochverrath zu strafen berechtigt oder verpflichtet sey. Ueberhaupt giebt es nur ein im Staate begründetes, also nur ein staatsrechtliches Strafrecht. Aus der s. g. Völkergemeinschaft läßt sich kein Strafrecht ableiten, indem die natürlichen Rechte der Vertheidigung und der Zwangübung zur Abwehr oder Verhinderung zukünftiger Verletzungen vom wirklichen Strafrecht sich wesentlich unterscheiden. Daher hat auch der deutsche Bund als bloßer Staatenbund, als „völkerrechtlicher Verein", der der Regel nach mit der Aufrechthaltung der innern Ruhe und Ordnung in den *Bundesstaaten* nichts zu thun hat (Wiener Schlußacte

Art. 25,61.), sich kein Strafrecht und keine strafgesetzgeberische Befugniß beilegen können, und bisher auch wirklich nicht beigelegt. Nur in einzelnen Beziehungen haben Bundesbeschlüsse die Bundesstaaten gegen den Bund für verpflichtet erklärt, gewisse Handlungen, die aus dem Gesichtspunkte der Gefährdung der innern Sicherheit Deutschlands aufgefaßt wurden, ihrem eignen (staatlichen) Strafrecht zu unterwerfen [11]). Insbesondere war es natürlich, daß der Bund für sich selbst und seine Verfassung auch einen strafrechtlichen Schutz von Seiten der Einzelstaaten zu gewinnen und auf diese Weise der bisher geführten Controverse, ob auch am deutschen Bunde ein Hochverrath begangen werden könne? [12]) die Spitze abzubrechen suchte, indem er die Bundesglieder im Beschluß v. 18. Aug. 1836. Art. 1. verpflichtete, Unternehmungen gegen die Existenz, Integrität, die Sicherheit oder die Verfassung des Bundes nach Maaßgabe der in den einzelnen Bundesstaaten bestehenden oder künftig in Wirksamkeit tretenden Gesetze über Hochverrath, Landesverrath u. s. w. zu strafen. Dabei konnte gewiß der schon in der Theorie geltend gemachte Grund angegeben werden, „daß wegen des wesentlichen Zusammenhanges der Bundesverfassung mit den Landesverfassungen jeder Angriff auf den Bund zugleich einen Angriff gegen jeden einzelnen Bundesstaat in sich begreife.“ Aber umgekehrt konnte nicht gesagt werden und ist auch niemals behauptet worden, daß jeder Angriff auf die Verfassung eines Einzelstaats zugleich ein Verbrechen gegen den Bund oder gegen die übrigen Bundesglieder sey. Auch würde für eine solche

---

11) Heffter, über den Einfluß der deutschen Bundesverfass. auf die Strafrechtspflege der Einzelnstaaten. Archiv des Crim. R. Jahrg. 1840. S. 223 f.

12) Mittermaier zu Feuerbach's Lehrb. §. 164. Note I. II. Scheurlen im Archiv des Criminalrechts, Jahrg. 1838 S. 500 f.

Behauptung aus dem Art. 2. jenes Bundesbeschlusses vom 18. Aug. 1836 durchaus nichts entnommen werden können; denn er macht lediglich Bestimmungen über die gegenseitige Verpflichtung der Bundesglieder zur Auslieferung politischer Verbrecher; und wenn dabei einer Seits der Vorzug der Prävention anerkannt, anderer Seits in Betreff der eigenen Unterthanen des requirirten Staates eine Ausnahme von jener Verpflichtung gemacht wird, so folgt doch daraus in keiner Weise, daß dem letztern dadurch die Verpflichtung zur Bestrafung von Handlungen nach seinen Gesetzen habe aufgelegt werden sollen, hinsichtlich deren für ihn ein Strafrecht gar nicht als begründet erscheint. Ueberhaupt ist so viel ganz klar, daß jener Bundesbeschluß materiell kein neues Strafrecht begründen, sondern nur die Ausübung des ohnedies bestehenden bei politischen Verbrechen sichern wollte.

Es soll aber durch die bisherige Ausführung dem Staate in keiner Weise die Befugniß abgesprochen werden, feindliche Angriffe seiner Unterthanen gegen Verfassung und Regierung anderer, besonders verbündeter Staaten, in seinen Gesetzen mit Strafe zu bedrohen. Die hier vertheidigte Ansicht geht nur dahin, daß ein solches Strafrecht sich nicht von selbst versteht und daß es an einer Anerkennung desselben im gemeinen Rechte durchaus fehlt. Was aber jene Berechtigung betrifft, so ergiebt sie sich von selbst daraus, daß der Staat auch seine völkerrechtlichen Beziehungen zu andern Staaten durch Strafgesetze gegen Verletzung durch eigene Unterthanen schützen und sich bei der Erlassung derselben von der politischen Erwägung leiten lassen muß, daß solche Angriffe, wenn sie fortwährend straflos bleiben, ihn selbst in Nachtheile und gefährliche Verwickelungen versetzen können. Deshalb ist auch gegen die positivrechtliche Ausdehnung des Strafrechts in den neuern deutschen Strafgesetzgebungen

mit Grund nichts einzuwenden. Indem sie aber solche Angriffe gegen fremde resp. verbündete Staaten und Regenten dem Hochverrath gegen das eigene Staatsoberhaupt, gegen die eigene Verfassung doch nicht gleich stellen, sondern sie unter der Rubrik der staatsgefährlichen Handlungen besonders bedrohen, enthalten sie keine Widerlegung, sondern vielmehr eine Bestätigung der obigen Doctrin, welche übrigens auch noch darin gefunden werden kann, daß die neuern Strafgesetze bei der Begriffsbestimmung des Hochverraths ausdrücklich nur den eigenen Staat, das eigene Staatsoberhaupt und die eigene Verfassung erwähnen [13]). Die vorhin erwähnte besondere Bedrohung der wider andere (verbündete) Staaten gerichteten Angriffe findet sich übrigens in ziemlich übereinstimmender Weise in den seit 1838 erschienenen Strafgesetzgebungen. So disponirt das Königl. Sächsische Crim. Gesetzb. Art. 89. unter der Rubrik: „Staatsgefährliche Handlungen": „Wer die im Art. 81 und 87. [14]) angegebenen Handlungen gegen einen auswärtigen verbündeten Regenten oder Staat unternimmt, ist mit Zuchthausstrafe ersten oder zweiten Grades von 2 bis 20 Jahren zu belegen." — Das Gesetz bestimmt also eine viel geringere Strafe, als es für Hochverrath und Staatsverrath festgesetzt hat. Ebenso hat unter derselben Rubrik der „staatsgefährlichen Handlungen" das Braunschweig. Crim. Gesetzb. §. 86. über den Fall Bestimmung getroffen, wenn Jemand gegen einen auswärtigen verbündeten Regenten oder Staat sich einer Handlung schuldig

13) Vergl. z. B. Baierisches Strafgesetzb. Th. I. Art. 300. und alle spätern deutschen Strafgesetzbücher.

14) Art. 81. bedroht den Hochverrath mit der Todesstrafe, Art. 87. den davon unterschiedenen Staatsverrath mit zweijähriger bis lebenslänglicher Zuchthausstrafe ersten oder zweiten Grades.

macht, welche gegen das Staatsoberhaupt oder das Herzogthum verübt, als Hochverrath oder Landesverrath anzusehen seyn würde, — und ebenfalls ein bedeutend niedrigeres Strafmaaß festgesetzt. In derselben oder ähnlichen Weise, mit erheblich niedrigerem Strafansatz, disponiren das Hannov. Crim. Gesetzb. Art. 128. Nr. 4, Art. 129. Nr. 3, das Badische Strafgesetzb. Art. 596, das K. Preußische Strafgesetzb. v. 1851. §. 78 f. (mit der Rubrik: „Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten"), während z. B. nach Würtemberg. Strafgesetzb. Art. 3. gar keine Strafe stattfindet, „wenn das an einem fremden Staate oder dessen Behörden begangene Verbrechen, falls es von einem Angehörigen desselben an dem würtembergischen Staate oder dessen Behörden verübt worden wäre, nach den Gesetzen des erstern Staates straflos bleiben würde."

IV.

Merkwürdige Rechtssprüche ausländischer Gerichtshöfe zur Erläuterung wichtiger Rechtsfragen,

dargestellt und geprüft

von

Mittermaier.

---

1. **Wenn der Urheber eines Verbrechens von einem Schwurgerichte schuldig befunden und von dem Gerichtshofe verurtheilt wurde, und später ein Theilnehmer am Verbrechen vor Gericht gestellt wird, — können die Geschwornen in dem zweiten Prozesse noch über das Daseyn des Verbrechens, auf welches die Verurtheilung des Urhebers gebaut war, befragt werden?**

Ludwig Laquemann wurde wegen Versuchs des Mordes durch Urtheil des Assisenhofes von Hennegau (in Belgien) vom 30. Nov. 1849 zur Todesstrafe verurtheilt und hingerichtet. Erst nach einiger Zeit wurde die Anklage gegen Adrian, Marie und Philipp Vico als Theilnehmer an jenem Morde erhoben und die Untersuchung eingeleitet. Der Assisenpräsident stellte an die Geschwornen die Frage: Ist der angeklagte Adrian schuldig, an dem Versuche eines von Ludwig Laquemann in Maubry am 3. *März 1849 verübten* Mordes gegen Seraphin

Pourcelet, welcher Versuch durch äußere, einen Anfang der Ausführung enthaltende Handlungen, deren Erfolg nur durch zufällige und von dem Willen des Urhebers unabhängige Umstände gehindert wurde, durch Geschenke, Versprechungen, Aufforderungen zu der Handlung oder durch Ertheilung der Anweisung zur Verübung Theil genommen zu haben? Die nämliche Frage wurde wegen Marie und Philipp Vico gestellt, nur bei dem Ersten auf Hergeben von Waffen, bei dem Zweiten auf Hülfeleisten bei der Ausführung gerichtet. Die Geschwornen bejahten die Fragen, und die Angeklagten, welche verurtheilt wurden, legten Cassation ein. Der Generaladvokat hielt die Stellung der Fragen für tadellos, weil sie nicht complet seyen und der Präsident die Hauptanklage nicht noch zum Gegenstand einer Frage machen durfte, ohne die Grundsätze von der Rechtskraft zu verletzen. Nach der Ansicht der Staatsanwaltschaft kann die Frage über das Daseyn der Hauptthatsache nicht zweimal Gegenstand einer Entscheidung seyn, da, wenn sie in Bezug auf den Urheber entschieden ist, sie als vorhanden gegen Jedermann angesehen werden muß, weil sie zwischen der vom Staatsanwalt vertretenen bürgerlichen Gesellschaft und demjenigen, der für die That unmittelbar verantwortlich ist, verhandelt wurde und als entschieden gilt. Da dies unfehlbar da besteht, wenn Urheber und Theilnehmer gemeinschaftlich gerichtet werden, wo wegen der That nicht eine besondere Frage in Bezug auf die Theilnehmer gestellt wird, so muß dies auch gelten, wenn die Theilnehmer erst nach rechtskräftiger Verurtheilung des Urhebers vor Gericht gestellt werden. Die in diesem Falle berufenen Geschwornen haben kein Recht, den Ausspruch der ersten Jury einer Revision zu unterwerfen, sie müssen ihn so annehmen, wie er rechtskräftig entschieden vorliegt, und haben nur mehr über die Theilnahmshandlungen zu entscheiden. Der

Cassationshof in Brüssel hat hierauf am 23. Juli 1850 das Nichtigkeitsgesuch mit der einfachen Erwägung verworfen, daß das Verfahren regelmäßig vorgenommen war und die wesentlichen sowie die unter Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet wurden. Wir können die diesem Rechtsspruche zum Grunde liegenden Ansichten, die auch in Belgien in der Presse Widerspruch gefunden haben [1]), nicht im vollen Umfange billigen und halten sie für sehr gefährlich. Die Frage hängt zusammen mit den in Frankreich selbst so sehr bestrittenen Grundsätzen von der Rechtskraft der Strafurtheile [2]). Wenn wegen eines Verbrechens der Thäter in Untersuchung gezogen und ein Urtheil darüber gefällt wurde, später erst gegen eine andere Person wegen Theilnahme an diesem Verbrechen die Verhandlung eingeleitet wird, so muß die Frage über die Wirkung des in Bezug auf den Urheber ergangenen Urtheils in zweifacher Rücksicht aufgefaßt und eine zweifache Frage gestellt werden: 1) Wenn der Urheber nicht schuldig erkannt wurde, — kann der wegen des Verbrechens der Theilnahme in einer späteren Untersuchung Angeklagte sich auf die gegen den Urheber ergangene Freisprechung berufen? 2) Wenn der Urheber eines Verbrechens schuldig befunden wird und später gegen eine Person als Theilnehmer eine Untersuchung eingeleitet ist, — kann die Frage: ob das Verbrechen verübt und gewisse im Urtheile gegen den Urheber festgestellte Merkmale an sich trägt, in der Untersuchung gegen die Theilnehmer noch Gegenstand einer Verhandlung und besonderen Entscheidung seyn?

---

1) Belgique judiciaire 1851. nr. 73 v. 11. Sept. 1851.

2) Hélie traité de l'instruction crim. Morin Repertoire du droit crim. I. p. 416.

Wir sind überzeugt, daß keine Rechtskraft des in Bezug auf den Urheber ergangenen Urtheils dem in einer späteren Verhandlung in Untersuchung gezogenen Theilnehmer nützen oder schaden kann. Dies folgt aus dem allgemeinen Grundsatze von der Rechtskraft, die nur unter den nämlichen Parteien wirken kann. Der Irrthum der auch von dem Generaladvokaten behaupteten Ansicht, daß die Staatsbehörde alle Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft vertrete, ist von Hélie[3]) in Bezug auf die Frage, ob ein gegen eine Person ergangenes Strafurtheil auch rechtskräftig für die im Civilgericht angebrachte Klage werde, widerlegt. Daß in dem Falle, in welchem der Urheber und der Theilnehmer an einer gemeinschaftlichen Verhandlung vor Gericht gestellt werden, wegen des Theilnehmers nicht eine besondere Frage gestellt wird, ob das Verbrechen verübt sey, erklärt sich leicht daraus, daß hier die nämlichen Geschwornen über Urheber und Theilnehmer urtheilen, und da wo sie eine Person als Urheber eines Verbrechens schuldig finden, freilich nur die Frage über Theilnahme bei dem derselben Mitangeklagten zu beantworten haben, da sie durch ihren Wahrspruch feststellten, daß ein Verbrechen verübt worden sey, während bei einer späteren nur gegen den Theilnehmer eingeleiteten Verhandlung andere Geschworne zu urtheilen haben. Man muß davon ausgehen, daß in Bezug auf jeden einzelnen Angeklagten, über welchen ein Urtheil gefällt werden soll, eine selbstständige Verhandlung geführt werden muß, in welcher die gestellte Anklage vollständig gegen ihn bewiesen und ihm die Vertheidigung möglich gemacht werden muß, ohne Rücksicht auf die wegen des nämlichen Verbrechens gegen eine andere Person geführte Verhandlung und darauf gebautes Urtheil. Die Wahrheit dieses Satzes ist

3) *Hélie traité* de l'instruction III. p. 781.

am sichersten anerkannt, wenn gegen einen als Urheber eines Verbrechens Angeklagten bereits eine Untersuchung geführt war und der Angeklagte nicht schuldig erklärt wurde, in der Folge aber eine andere Person wegen Theilnahme an dem Verbrechen angeklagt wird. Hier kann der Zweite sich nicht darauf berufen, daß der Urheber losgesprochen wurde; denn in dem Wahrspruche: nicht schuldig, liegt ein sehr verschiedener Sinn, er kann soviel bedeuten, daß die Geschwornen die in Frage stehende Handlung nicht als verübt annehmen, oder daß die Handlung kein Verbrechen sey, oder daß der Angeklagte nicht der Thäter war, oder daß ein Strafaufhebungsgrund in Bezug auf ihn vorhanden war. Darnach kann aus dem Urtheil, daß der einer Handlung als Thäter angeklagte A nicht schuldig sey, nicht der Ausspruch gefolgert werden, daß die Handlung nicht geschehen sey, und der als Theilnehmer angeklagte B kann sich nicht darauf berufen. Es kann Jemand auch blos als Theilnehmer angeklagt werden, ohne daß eine Anklage gegen den Urheber des Verbrechens erhoben wird, z. B. wenn der der Urheberschaft Verdächtige gestorben oder geflohen ist [4]). Daß eine Lossprechung des als Thäter Angeklagten den später als Theilnehmer des Verbrechens Angeklagten nicht schützt, ist von dem französischen Cassationshofe in mehreren Rechtssprüchen z. B. bei Anklagen wegen Bankeruts, wegen Diebstahls u. A. anerkannt. Auch Merlin [5]) billigt diese Ansicht.

Erkennt man aber dies an, so muß man auch folgerichtig das Urtheil, welches eine Person als Urheber eines Verbrechens schuldig erkennt, nicht als rechtskräftig in

---

4) Daß dies zulässig ist, s. Morin Repertoire du droit criminel I. p. 541.

5) *Arrêts v. 5. Mars 1841 u. 21.* Nov. 1841.

Bezug auf eine andere Person erkennen, welche wegen Theilnahme an diesem Verbrechen in Untersuchung gezogen wird. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird nicht verkannt werden können, wenn man erwägt:

1) daß jede Verurtheilung nur auf die Beweise gegründet wird, welche gegen den Angeklagten in der gegen ihn geführten strafgerichtlichen Verhandlung vorgebracht wurden, und daß sie von der Art seiner Vertheidigung gegen die Anklage und die Beweise abhängt. Der Angeklagte kann die ganze That oder einzelne Umstände gestehen, er kann gegen Zeugen nichts einwenden, er kann durch sein auffallendes Benehmen den vorgebrachten Beweisen Stärke verleihen; Alles dies kann aber nur auf diesen Angeklagten sich beziehen und nur ihm schaden, die Geschwornen oder Richter nur bei ihrem Urtheil über ihn bestimmen, kann aber keiner andern Person schaden, die nicht gehindert werden darf, bessere Beweise vorzubringen, z. B. Entlastungszeugen, welche der als Urheber Angeklagte nicht kannte oder nicht vorbringen konnte.

2) Wollte man dies nicht anerkennen, so würde die größte Härte gegen den Angeklagten und zugleich eine Verletzung der materiellen Gerechtigkeit vorliegen, z. B. wenn der als Theilnehmer Angeklagte in der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung neue Beweise vorlegen kann, welche die Anklage wegen des Hauptverbrechens zerstören oder erschüttern [6]), z. B. die Unmöglichkeit, daß das Verbre-

---

6) Wir kennen einen Fall, wo wegen Brandstiftung ein Angeklagter als Urheber verurtheilt wurde. Erst später wurde die Untersuchung gegen eine andere Person als Theilnehmer eingeleitet; dem Vertheidiger des Angeklagten gelang es Beweise aufzufinden, daß das Haus von dem Eigenthümer desselben angezündet war. In einem anderen Falle wurde A wegen Ermordung des C, dessen Leiche nicht aufgefunden werden konnte, und B wegen Theilnahme angeklagt. Da B abwesend war, so wurde nur gegen A die Anklage gerichtet

chen verübt wurde, nachweisen, oder die Falschheit der in der vorigen Untersuchung vorgekommenen Zeugenaussagen nachweisen.

3) Die Vertheidigung des der Theilnahme Angeklagten muß im vollsten Maaße ihm möglich gemacht werden, sie muß daher gegen jedes Element, worauf die Anklage beruht, also a) darauf gerichtet werden können, daß die Handlung, welche die Grundlage des Verbrechens bildet, nicht verübt, oder die Thatsache, welche der Handlung zum Grunde liegen müßte, nicht vorhanden ist, z. B. daß der angeblich getödtete A nicht todt ist; oder b) daß sie nicht die verbrecherischen Merkmale enthält, z. B. daß A durch Selbstmord um das Leben kam; oder c) daß sie nicht jene Merkmale an sich trägt, die zu dem Verbrechen gehören, worauf die Anklage gerichtet ist, z. B. daß kein Mord verübt wurde; oder d) daß der Angeklagte jene Handlungen, in welchen die Theilnahme liegen soll, nicht verübte; oder e) daß diese Handlungen nicht eine verbrecherische Theilnahme begründen. Wer nun behauptet, daß in Untersuchungen gegen den Theilnehmer das Verbrechen, wegen welches ein Anderer als Urheber verurtheilt ist, auch dem als Theilnehmer Angeklagten gegenüber rechtskräftig festgestellt ist, muß zugleich erklären, daß die Vertheidigung in Ansehung der oben unter a — c bezeichneten Punkte nicht zulässig ist, und daß Beweise in Bezug auf dieselben in der späteren Verhandlung nicht mehr vorgebracht zu werden brauchen, da es sich nur um die Anklage wegen Theilnahme handelt und das Daseyn des Verbrechens schon rechtskräftig feststeht. Wer dies behauptet, ver-

---

und A verurtheilt. In der späteren Verhandlung gegen B brachte dieser Zeugen vor, welche den C noch vor Kurzem im fremden Lande gesehen hatten. Sollten diese Beweise nicht gestattet werden?

letzt auf das empfindlichste die Rechte der Vertheidigung, setzt willkürlich durch einen Sprung, um dem formellen Rechte der sogenannten Rechtskraft zu huldigen, den wichtigsten Theil der Anklage schon als bewiesen voraus, entzieht dem Angeklagten das Recht, durch neue Beweise die Anklage des Verbrechers zu zerstören, oder nachzuweisen, daß die Zeugen, welche zuvor aussagten, in Bezug auf ihn unglaubwürdig z. B. Todfeinde sind.

4) Die Meinung, welche in solchen Fällen die Berathung der Geschwornen nur auf die Frage über die Theilnahme des Angeklagten beschränken will, fügt aber auch den Geschwornen einen harten Zwang zu, indem sie genöthigt werden, die wesentlichsten Theile der Anklage als erwiesen annehmen zu müssen, selbst da, wo sie von der Wahrheit derselben nicht überzeugt sind, während doch in den Kreis der Berathung der Geschwornen, die über die Anklage wegen Theilnahme zu richten haben, die Prüfung der fünf unter Nr. 3 bezeichneten Elemente der Anklage fallen muß, damit ein der Ueberzeugung der Geschwornen gemäßer Wahrspruch gegeben werden kann. Wir sind daher überzeugt, daß in den Fällen [7]), deren Natur die vorliegende Frage-Erörterung betrifft, 1) in der gegen den Theilnehmer eingeleiteten Verhandlung auch alle Beweise vorgebracht werden müssen, welche sich auf das Daseyn und die Art des Verbrechens beziehen, an dessen Verübung der Angeklagte Theil genommen haben soll; 2) daß der Angeklagte

7) Die Frage kann auch vorkommen, wenn das Urtheil, das gegen den Thäter und gegen einen Theilnehmer oder Begünstiger erging und nur das in Bezug auf den Letzten gefällte Urtheil cassirt wird, wo dann nur eine neue Verhandlung gegen den Mitschuldigen beginnt. S. weitere Verhandlung dieser Art in der österreich. Gerichtszeitung Nr. 148. Hier wurde noch die Frage wichtig, ob bei dieser neuen Verhandlung der verurtheilte Thäter wieder als Angeklagter oder als *Zeuge erscheint*. Das Letzte wurde angenommen.

in seiner Vertheidigung unbeschränkt ist, und Entlastungsbeweise vorbringen kann, um die Annahme der Verübung des Verbrechens zu zerstören; 3) daß die Geschwornen unbeschränkt bei ihrer Berathung nach den unter Nr. 3 bezeichneten Elementen der Anklage prüfen müssen, ob sie begründet sind, daß sie durch das Urtheil, welches gegen den Urheber des Verbrechens gefällt wurde, nicht gebunden werden und den der Theilnahme Angeklagten als nicht schuldig erkennen dürfen, wenn sie überzeugt sind, daß das Verbrechen nicht verübt wurde. — In vielen Fällen, in denen der als Theilnehmer Angeklagte die Verübung des Verbrechens nicht bestreitet und nur darauf die Vertheidigung richtet, daß er nicht der Theilnahme schuldig sey, wird freilich die Sache einfach und die Berathung der Geschwornen abgekürzt seyn; bestritt aber der Angeklagte die Verübung des Verbrechens oder der Art desselben, wenn die Geschwornen das vorige Urtheil annahmen, so muß der Präsident in seinem Schlußvortrage [8]) dieselben belehren, daß ihre Berathung frei ist, daß sie auch zu prüfen haben, ob das Verbrechen verübt, und wie es verübt ist. Die Frage an die Geschwornen wird dann auch so gestellt werden müssen, daß darin nicht das Verbrechen schon als erwiesen vorausgesetzt, sondern daß die völlige Freiheit der Geschwornen, alle Elemente der Anklage zu prüfen, anerkannt wird [9]).

8) Hier hängt Alles von dem Landesgesetze ab, ob dies und in welchem Umfange einen Schlußvortrag vorschreibt. Der englische Präsident ist hier unbeschränkt.

9) Die Frage kann auch in den, in Frankreich zuweilen vorgekommenen Fällen wichtig werden, wo der Assisenhof die Ansicht hat, daß in Ansehung des der Mitschuld Angeklagten die Geschwornen sich irrten, und nur in Bezug auf ihn die Sache an eine neue Jury weist. Morin Repertoire I. p. 542.

2. Wie ist die Handlung desjenigen zu beurtheilen, der als Miethsmann in einem meublirten Zimmer wohnt, einer als Meuble in seinem Zimmer befindlichen Sache sich gewinnsüchtig bemächtigt und sie dem Eigenthümer entzieht? Wie ist die Handlung desjenigen zu beurtheilen, welcher in Bezug auf die auf solche Art entzogene Sache sich einer Verhehlung schuldig macht?

In einem in Belgien vorgekommenen Falle[1]) wurde **A**, welcher aus dem von ihm gemietheten meublirten Zimmer Gegenstände weggenommen hatte, wegen Diebstahls, und die Ehefrau des **B** wegen wissentlicher Verhehlung der gestohlenen Sachen verurtheilt. Nur die Ehefrau ergriff Berufung, und der Appellationshof nahm in der Handlung des **A** weder Diebstahl noch Unterschlagung an, und sprach die **B** frei. Auf die von der Staatsbehörde eingelegte Cassation vernichtete der Hof durch Rechtsspruch vom **26.** Mai **1851** das letzte Urtheil.

Die juristische Begründung des Antrags des Generaladvokaten ist so tief eingehend und zugleich belehrend, um den Standpunkt der Beurtheilung der französischen Gesetzgebung über Diebstahl zu bezeichnen, daß wir ihre Mittheilung in dieser Zeitschrift für geeignet halten. Der Generaladvokat erklärt: „Die Vorstellung vom Diebstahl ist eine einfache, welche der Feinheiten der Wissenschaft nicht bedarf.“ Der **Code pénal** im **art. 379** schien eine Definition gewählt zu haben, um die Schwierigkeiten zu beseitigen; allein man unterließ es zu den Quellen des Textes aufzusteigen, und beachtete nicht das was in der alten Gesetzgebung feststand, und verwickelte gleichsam absichtlich

---

1) *Belgique judiciaire* **1851. nr. 65.**

das einfach Vorliegende. Wenn Paulus erklärte: fur est qui dolo malo rem alienam contrectat, so sagte der Code pénal: quiconque a soustrait frauduleusement une chose, qui ne lui appartient pas, est coupable de vol. Man fragt nun: wann ist soustraction vorhanden? und antwortet am richtigsten: überall, wo zu seinem Vortheil der Thäter sich die Sache aneignet. Das Grundmerkmal des Diebstahls ist daher Aneignung fremder Sachen mit fraude, mit Bewußtseyn dessen was man thut, und mit dem Willen zum Nachtheil des Andern sich zu bereichern. — So erscheint der Diebstahl einfach. Nun kommen aber die Unterscheidunger der Wissenschaft. Man unterschied die Diebstähle nach der Leichtigkeit der Verübung, nach dem Werthe des Gegenstandes, und fand die Namen: abus de confiance, larcin, zur Bezeichnung von Handlungen, die eigentlich gewinnsüchtige Aneignung fremder Sachen waren, und kam am Ende dazu, daß Handlungen, wie die in Frage stehende, da sie weder Diebstahl noch Unterschlagung wären, und so der Strafe entgingen. Da der römische Jurist von contrectatio, *also von Entfernung von der Stelle*, von Wegnehmung sprach, so forderte man zum Diebstahle ein von der Stelle Tragen zur Zeit der Besitzergreifung. (Der Generaladvokat nennt dies eine feine Subtilität, welche dem Code widerspricht.) — Die soustraction oder die Besitzentsetzung des Eigenthümers (fährt der Generaladvokat fort), beginnt mit der Handlung der Aneignung. In den Aeußerungen der Rede über den Code ist keine Andeutung, daß man von der Vergangenheit sich entfernen möchte. Die Ausleger des römischen Rechts konnten keinen Zweifel lassen; denn wenn man im römischen Recht findet, daß auch der furtum begeht, qui sciens accipit ab ignorante indebitum, also der Gewinn aus einer freiwilligen Handlung des Andern zieht, *welcher ihm die Sache*, die ihm nicht gehört, zu-

stellte, so kann es nach römischem Recht nicht zweifelhaft seyn, wie der Fall zu beurtheilen ist, wenn der Miethsmann dem Vermiether zum Nachtheil eine Sache des letztern sich aneignet. — Wir begreifen, (sagt die Staatsbehörde), wie 1832 der französische Gesetzgeber die Handlung des untreuen Miethsmanns als **abus de confiance** mit Strafe bedrohen konnte; allein so lange nicht die Handlung eine solche gesetzliche Taufe erhält, muß sie als Diebstahl betrachtet werden. — Das **abus de confiance** ist nur eine Art des Gattungsbegriffes vol. Nach der gesetzlichen Definition von vol eignet sich der Miethsmann, welcher die Sache seines Vermiethers für den letzten besitzt, die Sache an, entzieht das Eigenthum dem Vermiether und handelt frauduleusement, indem er wie über seine eigene Sache über die fremde verfügt. Der Generaladvokat beruft sich zur Rechtfertigung seiner Ansicht auf die Definitionen des vol bei Amyat de Vouglans und Dormat, und meint, daß wenn das römische Recht eine andere Ansicht über den Fall aufstellte, man sich etwa darauf berufen könnte, um die weite Fassung des Code einzuschränken; allein dies sey nicht der Fall, denn das römische Recht, welches schon den rechtswidrigen Gebrauch der vermietheten Sache als furtum betrachtete, habe gewiß noch mehr die völlige Entziehung derselben als Diebstahl betrachten wollen. Schon Farinacius und Jausse hätten dies anerkannt. Hélie bemerkt, daß diese Strafvorschrift nicht im Code von 1791 und dem von 1810 enthalten sey; allein der Code hat (wie der Generaladvokat sagt) die römische Definition, an welche auch die alte französische Jurisprudenz sich anschloß, wiederholen und sich an die französische Praxis anschließen wollen. Die Vorbereitungsarbeiten zu dem Code berechtigen nicht, das Gegentheil anzunehmen. Im Jahr 1811 fand der Cassationshof in der Handlung einer Frau, welche im Hôtel

garni wohnte und Mobilien daraus entzog, Diebstahl unter erschwerenden Umständen. Wenn sie, fragt der Generaladvokat, aus dem benachbarten Zimmer einen Spiegel genommen hätte, so würde sie Diebstahl begangen haben; warum soll dies nicht seyn, wenn sie aus dem von ihr bewohnten Zimmer die Sache nimmt? Im Jahr 1820 entschied der Cassationshof, daß der Pachter einer unter bail à chepteil ihm vermietheten Heerde, wenn er einen Theil des Viehes verkauft, keinen vol verübt (wohl weil man den Pachter hier als legitimus possessor ansah). Der Miethsmann ist aber nur Besitzer im fremden Namen und praecano jure. — Der Generaladvokat, der zur Begründung seiner Ansicht sich auf die Definitionen der contrectatio bei Carpzov, Wesenbeck und Mathäus bezieht, fragt: warum, wenn die Handlung des Miethsmanns vor dem Code von 1810 vol war, sie es jetzt nicht mehr seyn soll; die römische contrectatio sey noch immer begründet. Er stützt sich auf die neuere Ansicht des französischen Cassationshofs, der die Handlung einer Person, welche ein Kabriolet miethete und dies dann zu ihrem Vortheil verkaufte, als Diebstahl erklärte (Arrêt vom 19. Juni 1846). Auf den Grund dieser Conclusionen der Staatsbehörde cassirte der belgische Cassationshof das vorige Urtheil, indem er annahm, daß der Miethsmann nicht den bürgerlichen Besitz der Mobilien habe, welche in den gemietheten Zimmern sich befanden, vielmehr der Vermiether seinen Besitz fortsetzte, daß daher der Miethsmann, wenn er doch die ihm nicht gehörigen und nur zum Gebrauche überlassenen Mobilien zum Nachtheile des Vermiethers veräußert, eine soustraction frauduleuse verübte, daß der Code pénal an den Grundsätzen des Code civil 2228 fg. nichts änderte, daß ja auch nach Code pénal art. 386 der Dienstbote an der Sache des Herrn einen Diebstahl verübt, daß der Gerichtshof von

Lüttich mit Unrecht das Daseyn des Diebstahls aus dem Grunde, weil der Miethsmann die Sachen à un titre légitime inne habe, läugnete, da dieser titre légitime nur auf das Recht die Sache zu benutzen sich beziehe.

In der deutschen Rechtsprechung ist der Fall, welcher die Veranlassung zur angeführten Entscheidung gab, nur einmal Gegenstand eines zur öffentlichen Kenntniß gekommenen Urtheils geworden, nämlich in Berlin, wo das Criminalgericht in einem dem Obigen ganz ähnlichen Falle Unterschlagung annahm [2]); indem das Gericht davon ausging, daß der Miethsmann die Gewahrsam der Sache hatte und ihm die Sache anvertraut war, da man nicht sagen könne, daß der Vermiether, der ja nicht beliebig in das vermiethete Zimmer gehen konnte, die Möglichkeit gehabt hätte, in jedem Augenblick über seine Sache zu disponiren, daß auch eine Zurückbehaltung der Gewahrsam der Sache nicht angenommen werden dürfe.

Diese Ansicht wurde von einem ausgezeichneten Juristen, Hrn. Temme, in der angeführten Zeitschrift für bedenklich erklärt, weil die Gewahrsam des Vermiethers durch die des Miethsmanns nicht ausgeschlossen werde, indem der Erste leicht in das Zimmer des Zweiten gelangen konnte. Darauf, ob der Vermiether das Recht behalten habe, auf die vermiethete Sache beliebig einzuwirken, komme es nicht an. Wollte man in dem Falle keinen Diebstahl annehmen, so müßte man auch da keinen solchen annehmen, wenn ein Reisender in einen Gasthof einkehrt und über Nacht heimlich mit einem im Zimmer stehenden Leuchter sich entfernt. Hr. Temme kommt dazu, überhaupt die Aufhebung des in die Gesetzgebungen aufgenommenen, zu beständigen Streitigkeiten

---

2) Criminalistische Zeitung für die preußischen Staaten 1843. Nr. 16. S. 124.

führenden und auf keiner rechtlichen Grundlage mehr seit dem Wegfallen der deutsch-rechtlichen Ansicht von der Gewere beruhenden Unterschiedes von Diebstahl und Unterschlagung vorzuschlagen.

Wir sind überzeugt, daß in dem erwähnten Falle weder nach gemeinem deutschen noch nach französischem Rechte, noch nach den neuen deutschen Gesetzgebungen Diebstahl liegt. Die obige Ausführung der belgischen Staatsbehörde zeigt klar, wie ehrenwerthe französische Juristen von den römischen Ansichten sich nicht losmachen können und deswegen weil eine Handlung im römischen Rechte als furtum betrachtet wurde, sie jetzt noch als vol (Diebstahl) ansehen wollen. Das römische Recht kannte die Unterschlagung als eigenes Verbrechen nicht, sondern bezieht die jetzt dahin gerechneten Fälle unter furtum, dessen Begriff so weit gefaßt war, daß dahin auch viele Fälle gezählt wurden, die bei uns ebenso wie nach französ. Rechte entweder straflos sind oder Arten des Betruges bilden, oder als besondere Vergehen als strafbar erklärt werden. Wie mag man sich in Frankreich auf das römische furtum berufen, und behaupten, daß der art. 379 des Code nur eine Wiederholung der römischen sogenannten Definitionen von furtum sey? Man müßte dann auch behaupten, daß die Annahme einer Nichtschuld vol sey, weil sie bei den Römern furtum begründete. Die Unterscheidung von Diebstahl und Veruntreuung ist im germanischen Rechte durch die Rechtsansichten über Gewere veranlaßt, indem nur derjenige, welcher aus fremder Gewere eine Sache nahm und sich aneignete, Diebstahl beging, während die Handlung desjenigen, welcher eine ihm anvertraute oder sonst in seinem Gewahrsam befindliche Sache veruntreute, des dieblichen Behaltens schuldig war. Mochten auch später die Grundsätze von der Gewere verdrängt werden, so war doch die Unterscheidung von Diebstahl und Verun-

treuung (Unterschlagung, mit der Ansicht, daß die zweite geringer strafbar sey) in das Rechtsbewußtseyn des Volkes und in alle Gesetzgebungen übergegangen. Das englische Recht handelt vom embezzlement, das italienische von truffa [3]) und das französische von abus de confiance. Als der Code pénal im art. 408 das zuletzt genannte Vergehen als besonders hervorhob, war zugleich ausgesprochen, daß die römische Definition von furtum in Frankreich nicht paßt. Ohnehin stand die römische contrectatio nicht dem französischen Ausdruck soustraction gleich [4]). Die Unterscheidung des Diebstahls von der Unterschlagung in der Art, daß regelmäßig [5]) die zweite geringer strafbar ist, liegt in der Natur der Sache [6]), denn bei der Unterschlagung befindet sich der Thäter nicht blos in der Lage, in welcher er durch die leichte Gelegenheit zur Verübung der That bewogen wird; der Beschädigte muß sich selbst, da er freiwillig ein Vertragsverhältniß mit dem Andern machte, die Folgen seiner Unvorsichtigkeit zuschreiben, und ist, da er an denjenigen, welchem er die Sachen anvertraute, sich leicht im Falle der Veruntreuung halten kann, durch das Vertragsverhältniß civilrechtlich gesichert. Der Code von 1808 hatte im art. 408 zu enge das Verbrechen aufgefaßt; die Nachtheile zeigten sich bald, und 1832 wurde bei der Revision art. 408 sehr ausgedehnt, insbesondere auch auf die Fälle, wo die Sache à

3) Der neue Entwurf für den Kirchenstaat 1847 art. 396. und der Entwurf für Toskana (1850) art. 427 sprechen diese Ansicht aus. Das ältere italienische Recht sprach hier von furtum improprium.

4) Birnbaum in diesem Archiv 1843. S. 11. 14.

5) Es giebt Fälle, in welchen der Gesetzgeber Gründe hat, die Unterschlagung auch mit härterer Strafe zu bedrohen, wo eine Verletzung besonderer Pflichten vorliegt, und derjenige, welcher *die Sache* dem Andern anvertraut, hierzu genöthigt ist.

6) Hélie Théorie du Code pénal VII. p. 355.

titre de louage anvertraut war; nach dem allgemein gefaßten Ausdruck begreift der art. 408 alle Fälle der Miethe [7]), daher auch den, wo der Miethsmann eines hôtel garni die in dem von ihm gemietheten Raume befindlichen Mobilien sich rechtswidrig aneignet. Die Sache befand sich in der Gewahrsam des Miethsmanns, ohne daß deswegen der Usucapionsbesitz des Vermiethers aufhörte; für das Daseyn des Verbrechens der Unterschlagung genügt es, daß durch den Willen des Vermiethers die Sache in die Gewahrsam des Miethsmanns kam, der dafür vermöge des Vertrags verantwortlich blieb [8]). Dagegen wird die Handlung als Diebstahl erscheinen, wenn der Miethsmann Sachen sich aneignete, die nicht in den ihm vermietheten Räumen, aber in solcher Lage sich befanden, daß er durch sein Miethsverhältniß Gelegenheit erhielt, sich leichter als Andere die Sache anzueignen [9]), oder wenn das Verhältniß, durch welches die Sache in der Gewahrsam des Miethers war, rechtlich aufgelöst war und der Thäter nur das Verhältniß benutzt, um sich die Sache anzueignen [10]).

---

7) Morin Repertoire, I. p. 40.

8) Ist bei Beendigung der Miethe die Sache nicht mehr da, so muß (wenn er nicht vis major nachweisen kann) der Miethsmann dafür entschädigen, mag er sie selbst veruntreut oder durch seine Nachlässigkeit verloren haben.

9) Bei der Berathung des in Note 2 angeführten Falles kam es zur Sprache: wie es zu halten, wenn A ein meublirtes Zimmer miethet, das neben einem andern von dem Hauseigenthümer bewohnten Zimmer sich befindet, aber durch einen, vor die beide Zimmer scheidende Thüre gestellten Schrank getrennt ist. Räumt hier der Miethsmann den Schrank weg, um in das nebenstehende Zimmer zu kommen, und nimmt er daraus eine Sache, so ist er allerdings Dieb.

10) Er besaß sie dann nicht mehr à titre de louage. Das nordamerikanische Recht (Entwurf des Code von Massachussets, Titel: Embezzlement p. 2 not. 6) hebt ausdrücklich diese Rücksicht, ob das Rechtsverhältniß noch fortdauerte, hervor.

Die Frage wird oft sehr schwierig; wenn der A ein Pferd miethete auf 1 Monat und nach Ablauf desselben nicht zurückgiebt und dann rechtswidrig verkauft, so nimmt das englische Recht doch embezzlement an (ausdrücklich in dem 1849 dem Oberhause vorgelegten Entwurfe pag. 153. art. 3). Treffliche Erörterungen und Zergliederung vieler Fälle s. in fourth Report of the commissioners on criminal law 1839) p. LXXI. — Das neueste englische Gesetz v. 7. Aug. 1851. art. XIII bestimmt, daß, wenn Jemand eines Diebstahls angeklagt war und die Jury die Handlung für Unterschlagung hält, oder umgekehrt, die Geschwornen das not guilty wegen des angeklagten Verbrechens und das Schuldig wegen des Verbrechens aussprechen sollen, das sie in dem Falle begründet finden. Dies ist wichtig, weil so leicht in vielen einzelnen Fällen Zweifel entstehen kann, ob Diebstahl oder Unterschlagung begründet ist.

V.

Die organische Natur des französischen Strafprocesses.

Von
Herrn C. v. Stemann,
d. Z. zu Frankfurt *).

Der französische Strafproceß, auf dessen Grundlagen die neueren deutschen Gesetzgebungen im Gebiete der Strafrechtspflege entstanden sind, bildet durch seine organische Natur den reichsten Gegensatz zum gemeinrechtlichen Strafverfahren. In diesem finden wir kaum die ersten Spuren einer *organischen* Entfaltung, einer angemessenen systematischen Durchführung des leitenden Princips. Von dem richtigen Grundgedanken ausgehend, daß der Staat es nicht dem Einzelnen überlassen dürfe, die Verfolgung und Bestrafung von Verbrechen herbeizuführen, sondern selbstthätig die factischen Umstände des Verbrechens, so weit sie ihm rechtliche Beziehungen zu haben scheinen, in möglichster Vollkommenheit zu erheben habe, wurde das Verfahren von Anfang bis zu Ende als Untersuchungsverfahren aufgefaßt, indem sich das allgemeine Princip überall

---

*) Der Verfasser ist dem Publicum als Verfasser der trefflichen Schrift: Die Jury in Strafsachen, Hamburg 1847, bekannt. Wir werden in diesem Archive Aufsätze über die wichtigsten Fragen des *Strafverfahrens liefern*. Anm. d. Redaction.

auf die nämliche Weise äußerte, und ein und dasselbe Organ mit denselben Mitteln seinem endlichen Ziele entgegenstrebte, unbekümmert um die verschiedenen Interessen, welche im Strafproceß ihre Befriedigung suchen, und ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob es sich um die äußere oder innere Seite des Verbrechens handelte. In seiner ursprünglich kanonischen Form hatte der Untersuchungsproceß die Unterscheidung in zwei Abschnitte, der General- und Specialuntersuchung, aufgenommen, von denen die erstere die Aufgabe hatte, sich der Existenz eines Verbrechens zu versichern und Anzeigen gegen den Thäter zu sammeln, während letztere dazu bestimmt war, gegen den als verdächtig Anerkannten das Verbrechen nach seinem gesammten subjectiven und obectiven Thatbestande im Wege der Untersuchung klarzustellen. Mit der Specialuntersuchung waren nun nicht blos diejenigen Eingriffe in den Rechtskreis der freien Persönlichkeit verbunden, welche keine Form des Strafverfahrens ganz entbehren kann, sondern zugleich die Ausdehnung der Untersuchung auf das Innere des Angeschuldigten. Von dem eigenthümlichen Standpunkte der Kirche aus war hiegegen auch nichts zu erinnern, da sie keineswegs mit Zwang zu wirken, sondern mit subjectiven Mitteln des Vorhaltens, der Ermahnung u. s. w. den Verbrecher zum Geständnisse, Reue und Buße zu führen suchte. Als aber der Staat sich das kirchliche Verfahren in seiner vollen Ausdehnung aneignete, konnte die diesen zum Grunde liegende Richtung wider das Innere des Angeschuldigten nur noch im Wege des Zwanges verfolgt werden. Daher sehen wir, von diesem Zeitpuncte an, den weltlichen Richter mit directem und indirectem Zwange in die Gedanken und Gesinnungen des Angeschuldigten eindringen, der dem Römischen Rechte entlehnten Tortur als eines Mittels zur Erforschung der Wahrheit sich bedienen, *die freie* Persönlichkeit zum Untersuchungsobject herab-

setzen, und dadurch die gefährlichsten Folgen für die bürgerliche Freiheit des Angeschuldigten herbeiführen. Die irrige Voraussetzung, daß das Innere des Angeklagten grade ebenso ein Gegenstand der zwangsweisen Untersuchung bilde, wie das äußere Factum, führte die Praxis ganz folgerichtig zur allmähligen Verwischung des Unterschiedes zwischen General- und Specialinquisition, der nur dann von Bedeutung seyn konnte, wenn er auf zwei qualitativ verschiedenen Seiten des Verfahrens hingewiesen hätte. „Die Untersuchung, welche Alles im Proceß zum Object ihrer Thätigkeit macht, kann sich, wie Zachariä in seiner Schrift: „Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, Göttingen 1846", mit Recht bemerkt, zwar im Hinblick auf ihren endlichen Zweck in verschiedenen Stadien befinden, auch wird sie hienach ihre Anforderungen an den Inquisiten immer mehr und mehr steigern, seine Lage nach Umständen immer drückender machen, um von Stufe zu Stufe zu ihrem Zwecke fortzuschreiten, allein sie kann ihrem Wesen nach keinen durch ein bestimmtes Merkmal zu charakterisirenden Abschnitt machen, weil ihr Wesen von Anfang bis zu Ende ein und dasselbe bleibt, und selbst der Moment, wo sie sich gegen bestimmte Personen richtet, deshalb in der That bedeutungslos bleiben muß, weil auch diese Personen nur blos zu Objecten der fortschreitenden Inquisition werden." Politische Momente förderten diesen Entwicklungsgang der Praxis. Das Aufstreben der Landeshoheit zur schrankenlosen Staatsgewalt, die Ausbildung des Beamtenwesens, die Verbindung der Justiz mit der Verwaltung, die rein polizeiliche Richtung der letzteren und ihre Rückwirkung auf die Rechtspflege, dies Alles drängte dahin, den Strafproceß zu einem völlig unterschiedslosen, von jeglicher Fessel befreiten Verfahren zu stempeln, und dasselbe immer mehr aus dem Gebiete der Justiz in das der Verwal-

tung hinüberzuleiten. Mit dieser grundsätzlichen Verläugnung des Rechts der freien Persönlichkeit standen in engem Zusammenhange die Heimlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens, die rechtlose Stellung des Angeschuldigten, die schrankenlose Gewalt des Untersuchungsrichters, die Ungehorsamsstrafen, selbst die dem römischen Rechte entlehnte Beweistheorie, in sofern sie für ausreichend erachtet wurde, um darauf das Erkenntniß in Strafsachen zu bauen. Es würde uns zu weit führen hierauf näher einzugehen, wir verweisen in dieser Beziehung auf die lehrreiche Schrift von Köstlin: „Der Wendepunct des deutschen Strafverfahrens, im 19ten Jahrhundert, Tübingen 1849." Wie indeß die Ausdehnung der Untersuchung auf das Innere des Angeschuldigten den Ausgangspunkt der zahllosen Uebelstände bildete, welche seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts den gemeinschaftlichen Strafproceß zum Gegenstand allgemeiner Anfeindung machten, so hinderte sie auch die Sonderung des Verfahrens in seine innerlich verschiedenen Bestandtheile, und die organische Gliederung desselben nach den verschiedenen Functionen, die einer selbstständigen Vertretung bedürfen. So lange der Zweck der Rechtsverwirklichung zur gänzlichen Mißachtung des Rechts der freien Persönlichkeit führte, so lange die Person des Angeschuldigten als blos untergeordnetes Mittel betrachtet und der Untersuchungszwang gleichmäßig über das ganze Verfahren bis zum Urtheil hin erstrebt wurde, konnte von einem abgesonderten Beweisverfahren nicht die Rede seyn; dazu hätte es der Erkenntniß bedurft, daß das Innere des Angeschuldigten von aller zwangsweisen Einwirkung frei bleiben müsse, dann erst hätte das Bedürfniß sich entwickeln können, nach geschlossenem Untersuchungsstadium ein anderweitiges Verfahren eintreten zu lassen, um auch die innere Seite des Verbrechens zu ermitteln. England war es vorbehalten,

diese Sonderung des Beweisverfahrens vom übrigen Verfahren im Anschluß an das altgermanische Beweisrecht und unter Mitwirkung mannigfaltiger Momente der englischen Rechts- und Staatsgeschichte nach und nach heranzubilden, und beide Abschnitte durch die von einem eigenthümlichen Organe auszusprechende Versetzung in den Anklagestand zu scheiden. Der französische Strafproceß hat aber diese Einrichtung nicht nur als wesentlichen Bestandtheil in sich aufgenommen, sondern ihm ist zugleich eine systematische Entwickelung zu Theil geworden, wobei er die organische Natur des Verfahrens stets im Auge behalten hat, ohne durch die Berücksichtigung der partheilichen Interessen einerseits, und der bürgerlichen Freiheit andrerseits zu Consequenzen des Anklageprincips zurückzukehren. Diese organische Ausbildung des Untersuchungsprincips innerhalb seiner begriffsmäßigen Grenzen begründet den unbestreitbaren Vorzug des französischen Strafprocesses, selbst vor dem englischen. Zwar finden wir in England, wie in allen germanischen Ländern, schon früh das Bestreben, die Verfolgung der Verbrechen zur öffentlichen Angelegenheit zu machen, und die geeigneten Elemente, aus denen das Untersuchungsprincip zur unbestrittenen Herrschaft sich hätte heranbilden können. Der Vorrang, welchen das englische Strafverfahren dem Rechte der bürgerlichen Freiheit vor dem Rechte des Staats einräumte, hat dies verhindert, und es bei einzelnen Erscheinungen, welche allerdings auf jenes Princip zurückgeführt werden müssen, wie das Institut der Geschworenen, bewenden lassen, in anderen Beziehungen dagegen dem Anklageprincip einen überwiegenden Einfluß gestattet. Das englische Verfahren ist noch zu sehr von privatrechtlichen Rücksichten durchzogen, es nähert sich stark den Formen des bürgerlichen Processes und erscheint mehr als ein Streit zweier Partheien, die sich auf gleichem Boden mit gleichen Waffen begegnen;

weniger als eine Entfaltung der verletzten Gerechtigkeit, welche den Verletzer zur Rechenschaft zieht. In mannigfaltigen Erscheinungen desselben zeigt sich uns der Kampf zweier entgegengesetzten Principien, der hier zu inquisitorischer, dort zu accusatorischer Thätigkeit führt, welche die geschichtliche Entwicklung als eine fragmentarische und unsystematische erscheinen und den Mangel festbestimmter Grundlagen erkennen läßt. So viel Treffliches auch im Einzelnen der englische Strafproceß ausgebildet hat, wie z. B. in der Lehre vom Beweise, in den Bedingungen für die Wirksamkeit des Schwurgerichts, in den Anordnungen, welche die harmonische Thätigkeit des Richters und der Geschworenen begründen: jener unverkennbare Mangel macht das englische Verfahren unbrauchbar, um es in seiner Totalität auf fremden Boden zu verpflanzen. Die oft gehörte Behauptung, daß man sich in Deutschland die englischen Einrichtungen zum Muster nehmen solle, kann daher nur in beschränktem Sinne als richtig zugegeben werden. Die Vermischung des Wesentlichen mit dem Zufälligen, die Vermengung von Consequenzen verschiedener Principien, und manche Lücken und Einseitigkeiten, welche wir im englischen Verfahren vorfinden, würden den Gesetzgeber in große Verlegenheit bringen, dem die Aufgabe zufiele, eine Strafproceßordnung nach englischem Vorbilde zu entwerfen, während die Kenntniß des englischen Rechts bei Abfassung der Detailbestimmungen allerdings seiner Arbeit sehr förderlich werden kann. Nach meiner Ueberzeugung ist es daher auch nicht zu beklagen, daß die deutsche Gesetzgebung der letzten Jahre den Strafproceß im Wesentlichen den Bestimmungen des französischen Rechts nachgebildet hat, welcher von einem festen Grundprincip ausgehend, dasselbe folgerichtig durchzuführen versucht, und überall darauf Bedacht genommen hat, den verschiedenen staatlichen Functionen, die einer selbst-

ständigen Vertretung bedürfen, eigne Organe zu verschaffen. Nur darin haben wir Deutsche wieder gefehlt, daß wir mit den werthvollen Grundzügen auch manches Mangelhafte und der Verbesserung dringend Bedürftige in unsere Gesetzgebungen aufgenommen haben, welches seine Sanction im französischen Gesetzbuch dem Umstande verdankt, daß man bemüht war, die an und für sich trefflichen Institutionen im Geiste des Absolutismus und zum Nachtheil der bürgerlichen Freiheit wieder zu verfälschen. So ist eine gewisse Einseitigkeit in der Durchführung des Untersuchungsprincips nicht zu verkennen, der Staatsbehörde eine zu ausgedehnte Wirksamkeit gegeben, das Verhältniß zwischen Staatsanwalt und Richter nicht durchgängig richtig bestimmt; in der Voruntersuchung ist Vieles unbestimmt gelassen, wodurch einestheils dem Untersuchungsrichter eine zu weit gehende Gewalt eingeräumt, anderntheils Ungründlichkeit bei Vornahme der wichtigsten Untersuchungshandlungen veranlaßt wird; die Vertheidigung ist in zu enge Schranken gewiesen, die Staatsbehörde vielfach vor dem Angeklagten begünstigt, der discretionären Gewalt des Assisenpräsidenten zu viel überlassen; die Zusammensetzung der Schwurgerichte giebt endlich zu mancherlei Bedenken Veranlassung. Diese und andre Gebrechen sollen keineswegs ignorirt werden, sie hätten in Deutschland, wo man sie kannte, in den neuen Gesetzgebungen eine Abhülfe finden sollen; leider ist dies in ausreichendem Maaße nicht geschehn. Bei Allem dem aber wird eine unbefangene Betrachtung sehr bald erkennen, daß es hier nur auf Vervollkommnung eines auf richtigen Grundlagen aufgeführten Gebäudes ankommt, daß die zu erstrebende Verschiedenheit nur dem Grade, nicht der Art nach einzutreten braucht, und die obwaltenden Mängel zum größeren Theil darauf beruhen, daß das Verhältniß der einzelnen Organe zu einander nicht scharf genug abge-

grenzt und noch zu verschiedene Functionen mit einander vermischt sind. Dadurch ist zugleich der Wissenschaft ihre Stellung gegenüber den neueren Reformen auf dem Gebiete der Strafrechtspflege angewiesen. Es bedarf nicht erst ihrer Vermittlung, damit neue Principien vom Staate anerkannt und in positive Rechtssätze umgewandelt werden, sie kann sich an das gegebene Grundprincip halten, da sie dasselbe vom Standpuncte der Rechtsidee zu rechtfertigen vermag; sie wird die daraus abgeleiteten Elemente in ihrem Zusammenhange mit der erforderlichen Klarheit aufzufassen und festzustellen haben, und in weiterer Verfolgung der organischen Entwicklung für eine richtige Vertheilung der verschiedenen öffentlichen Thätigkeiten zu sorgen, auch dasjenige auszuscheiden und durch Angemesseneres zu ersetzen haben, was fremdartigen Einflüssen seine Entstehung verdankt. Wie sehr die organische Durchbildung des französischen Strafprocesses der Wissenschaft zu statten kommt, hoffen wir durch nachfolgende Bemerkungen noch näher zu zeigen.

Das Princip des Verfahrens von Staatswegen beherrscht den gesammten französischen Strafproceß. Nicht dem Einzelnen bleibt es überlassen die Verfolgung und Bestrafung von Verbrechen herbeizuführen, sondern der Staat entwickelt aus eignem Antrieb eine selbstständige Thätigkeit in Beziehung auf begangene Verbrechen behufs Wiederherstellung der zerstörten öffentlichen Rechtsordnung durch Bestrafung des Schuldigen im einzelnen Falle. Man bezeichnet das Princip als Untersuchungsmaxime, ein Ausdruck, der in neuerer Zeit sowohl an sich, wie im Verhältniß zu dem ihm entgegengesetzten Anklageprincip, zu mancherlei Mißverständnissen Anlaß gegeben hat, weshalb es zu wünschen wäre, daß die Wissenschaft diesem Ausdruck einen anderen substituirte, zumal da derselbe, seitdem das Strafverfahren nicht mehr ausschließlich ein Un-

tersuchungsverfahren ist, dem Wesen der Sache nicht völlig entspricht. Es ist nämlich von äußerster Wichtigkeit, dies sogenannte Untersuchungsprincip, wie es dem französischen Strafproceß zum Grunde liegt, nicht mit der Gestalt zu verwechseln, welche dasselbe im gemeinrechtlichen Inquisitionsverfahren angenommen hatte. Die historische Behandlung des Strafproceßrechts wird uns davor bewahren können, indem wir durch Zurückführung der Gebrechen des gemeinrechtlichen Processes auf ihre Entstehungsquelle, wovon oben andeutungsweise die Rede war, in den Stand gesetzt werden, den Umfang des Untersuchungsprincips richtig zu bestimmen. Als die Wurzel aller Uebelstände bezeichneten wir dort die Erstrebung des Untersuchungszwanges auf das Innere des Angeschuldigten. So gewiß wie jede Untersuchung mit Zwangskraft ausgerüstet seyn muß, so entzieht grade diese Eigenschaft die innere Seite des Verbrechens ihrer Thätigkeit. Der Grund davon liegt in der Begrenzung der Staatsgewalt, selbst wie sie aus dem Begriffe und Wesen des Staats geschöpft wird, der nur die ä u ß e r e n Verhältnisse des irdischen Lebens zu ordnen, zu fördern und durch das Recht zu beherrschen hat, die Form des Zwanges aber nur in sofern anwenden darf, als eine rechtliche Nothwendigkeit diesen begründet: ein Fall, der der Rechtsidee zufolge in Bezug auf das innere Wesen der Menschen gar nicht stattfinden kann. In diesem beschränkteren Sinne bildet aber das Untersuchungsprincip, oder richtiger das Princip des Verfahrens von Staatswegen die allein angemessene Grundlage des Strafprocesses, da dieser es nicht mit der Verletzung verzichtbarer Rechtsansprüche Einzelner, sondern der gesammten öffentlichen Rechtsordnung zu thun hat, deren Träger der Staat ist. Alles was möglicher Gegenstand einer Untersuchung ist, soll von Amtswegen untersucht werden, die Staatsbehörden sollen von Anfang an selbstthätig für die

Sammlung der Beweismittel Sorge tragen, und das Gericht an das Vorbringen der Partheien als solcher in keiner Weise gebunden seyn. Es ist aber wohl zu beachten, daß der französische Strafproceß, um den Schutz der persönlichen Freiheit mit den Forderungen des öffentlichen Interesses in angemessener Weise zu verbinden, drei wesentliche Bestandtheile auch äußerlich unterscheidet: die Untersuchung, das Beweisverfahren und die Aburtheilung, als deren sich von selbst verstehende Folge die Vollstreckung erscheint, und daß das leitende Princip in diesen verschiedenen Stadien auf verschiedene Weise sich äußert, indem jedes Stadium seine eigenthümliche Aufgabe mit eigenthümlichen Mitteln zu erfüllen hat. Die durchgängige Anerkennung des allgemeine Princips ist indeß, wie das französische Verfahren unwiderleglich beweist, völlig vereinbar mit accusatorischen Formen, welche dem höheren Grundsatze sich unterordnen, und nur zur Scheidung der mannigfaltigen Functionen dienen, welche dem Staate im Strafprocesse obliegen. Es handelt sich hier um verschiedene Interessen, denen, der organischen Gliederung gemäß, eine relativ selbstständige Vertretung einzuräumen ist, ohne daß die darauf berechneten Einrichtungen dem Anklageprincip zugeschrieben werden dürfen. Daß dies gar häufig geschehen, hat der richtigen Einsicht in die Natur des Strafverfahrens wesentlichen Abbruch gethan. Bald ist man der geschichtlichen Entwicklung, bald der logischen Consequenz zu nahe getreten, indem man entweder verlangte, das Anklageprincip dem Untersuchungsprincip zu substituiren, oder beide Principien mit einander verschmelzen wollte. Um eigene Organe für die Aufsuchung und Verfolgung der Verbrechen einerseits und für die Untersuchung andrerseits aufzustellen, bedarf es aber der Herbeiziehung des Anklageprincips gar nicht, welches vielmehr voraussetzt, daß die Verfolgung des Verbrechens von der Privat-

willkühr abhängig gemacht, und der Verlauf des Processes nach der Maxime des bürgerlichen Verfahrens eingerichtet wird.

Betrachten wir näher die einzelnen Bestandtheile des französischen Strafprocesses, so hat das erste Stadium desselben, „die Untersuchung" als die allgemeine Voraussetzung des Urtheils die Aufgabe zu erfüllen, das Factum nach allen seinen für die rechtliche Beurtheilung einflußreichen Momenten möglichst vollständig zu ermitteln. Um der dazu erforderlichen Unpartheilichkeit willen, verlangt die Eröffnung derselben eine eigne Behörde zum Organ, welche das besondere Interesse des Staats an der Aufsuchung und Verfolgung begangener Verbrechen vertritt. Die Staatsbehörde hat zwar im Verlaufe des Processes nicht einseitig den Standpunct der Parthei festzuhalten, keineswegs nur die Momente des Verdachts und der Schuld hervorzuheben, sondern auch die Gründe für die Unschuld oder für die Milderung der Schuld zu erwägen und zu berücksichtigen; doch ist immerhin ihre Stellung eine weniger unbefangene als die des Richters, weil sie vorzugsweise mit der Anklage beauftragt, im Namen der Gerechtigkeit vorerst den Streit mit dem Angeklagten zu führen genöthigt ist. Aus dem einseitigen staatlichen Interesse an der Aufsuchung und Verfolgung des Verbrechens ergiebt sich zunächst ein der sogenannten Voruntersuchung vorausgehendes und dieselbe vorbereitendes Verfahren, von mehr polizeilicher als richterlicher Beschaffenheit. In diesem entwickelt sich die Thätigkeit des öffentlichen Anklägers in Verbindung mit den Beamten der Strafpolizei, um Wahrnehmungen, Anzeigen und Mittheilungen über Vergehen zu sammeln, die Spuren derselben zu erkunden, alle keinen Aufschub gestattenden vorbereitenden Anordnungen zur Aufklärung der Sache und vorläufigen Sicherstellung des Thatbestandes und Verwahrung des

Thäters zu treffen, und demnächst sofort das Gericht zu requiriren. Mit dieser der Staatsbehörde zugewiesenen Aufgabe, wonach regelmäßig erst auf deren Antrag ein Verfahren in Strafsachen eingeleitet werden kann, ist es nicht wohl verträglich, wenn das französische Recht den Gerichten noch die Befugniß beläßt, auch ihrerseits die ersten einleitenden Schritte zur Sicherung der Rechtsverfolgung unaufgefordert vorzunehmen. Die unentbehrliche Wirksamkeit der Strafpolizei innerhalb der gebührenden Schranken zu halten, und die Befolgung des an und für sich allgemein als richtig anerkannten Grundsatzes zu sichern, daß die Vornahme richterlicher Untersuchungshandlungen außerhalb der dem öffentlichen Ankläger und seinem Hülfspersonal zugewiesenen Sphäre liegt, ist allerdings mit praktischen Schwierigkeiten verbunden. Die französische Gesetzgebung hat daher im Interesse schleuniger Rechtsverfolgung Ausnahmsfälle statuiren zu müssen geglaubt, in welchen es den Staatsanwälten und Polizeibeamten gestattet sey, wesentliche richterliche Untersuchungshandlungen selbstständig anzuordnen und vorzunehmen. Nach einer Seite hin ist diese Befugniß schon im französischen Recht dadurch zweckmäßig beschränkt worden, daß die fraglichen Handlungen, wenn sie von der Staatsbehörde ausgehen, so lange den Charakter vorläufiger Maaßnahmen behalten, bis sie die gerichtliche Bestätigung gefunden haben. Es bedarf aber dringend einer weiteren Beschränkung durch eine engere Begriffsbestimmung der „Ergreifung auf frischer That." Nach dem vagen Begriff des sogenannten „flagrant délit" im französischen Gesetzbuch kann die Staatsbehörde fast immer, wo es ihr ein solches anzunehmen einfällt, ohne Weiteres zur Verhaftung des Verdächtigen schreiten, Augenscheinseinnahmen vornehmen, Hausuntersuchungen veranstalten, Zeugenverhöre abhalten, kurz Alles sich erlauben, was dem

Untersuchungsrichter beikommt. Es dürfte genügen, wenn „Ergreifung auf frischer That" nur da angenommen würde, wo der Thäter bei Ausführung der strafbaren Handlung oder gleich nach derselben entweder auf dem Schauplatze des Verbrechens oder auf der Flucht betroffen wird. In andern Fällen würden die öffentlichen Ankläger und Polizeibeamten behufs Entdeckung von Vergehn und Sicherung ihrer Bestrebungen nur insoweit auf gesetzliche Weise polizeilich einzuschreiten haben, als der Zweck dieses Einschreitens durch die zu erwartenden richterlichen Handlungen nicht mehr erreicht werden kann, und das Ergebniß des Strafverfahrens nicht gefährdet wird. Sobald dagegen irgend eine weiter gehende Handlung vorgenommen, sobald ein Verhaftsbefehl oder Steckbrief erlassen, eine Vorladung verfügt, eine Haussuchung oder Beschlagnahme von Papieren und sonstigen Effecten angeordnet werden soll, hat die Staatsbehörde ihre desfälligen Anträge an das Gericht zu stellen, welches dann je nach den Umständen und den vorgebrachten Gründen, denselben entweder entsprechen oder sie verwerfen soll. Es erscheint von äußerster Wichtigkeit, strenger wie solches im code d'instr.cr. geschehn, die Function der Verfolgung von der der Untersuchung zu trennen, und den betheiligten Beamten ihre Attributionen so genau als thunlich abzugrenzen, um Uebergriffe zu vermeiden, Collisionen vorzubeugen, und dafür zu sorgen, daß jeder Beamte streng in den Kreis seiner natürlichen Amtsverrichtungen gebannt, harmonisch zur Erreichung des Ziels mitwirke.

Den vorbereitenden Schritten der Staatsbehörde folgt im regelmäßigen Gange des Verfahrens die gerichtliche Voruntersuchung. Dieselbe wird nur da unterbleiben, oder richtiger gesagt, mit dem Hauptverfahren zu einer Gesamthandlung verschmolzen werden dürfen, wo eine eigentliche Versetzung in den Anklagestand nicht erforderlich ist, und die rein polizeilichen Erhebungen schon ein so vollständiges Material ergeben haben, daß darauf eine festbestimmte Anschuldigung

gebaut werden kann. In allen andern Fällen erscheint uns die Voruntersuchung als abgesonderter Proceßabschnitt unerläßlich, weil nur auf Grund einer richterlichen Untersuchung die förmliche Anklage erkannt werden darf *).

Die Aufgabe, die in diesem Stadium des Processes zu erfüllen, ist die: in die eigenthümliche Beschaffenheit des fraglichen Vorfalls so weit einzudringen, als dies durch Feststellung der äußerlich erkennbaren Momente thunlich ist. Innerhalb dieser Grenzen ist die Anwendung directer und indirecter Zwangsmittel gestattet, um des Gegenstandes der Untersuchung habhaft zu werden, um an dem äußeren Factum alle Seiten hervorzukehren, welche über die verbrecherische That und die Person des Thäters ein Licht verbreiten. Es hat sich aber der Untersuchungsrichter nur in dieser objectiven Sphäre zu bewegen, um das Innere des Angeschuldigten handelt es sich hier noch nicht, dies bildet keinen Gegenstand zwangsweiser Untersuchung; die innere Seite des Schuldverhältnisses zu veranschaulichen ist vielmehr die dem Beweisverfahren vorbehaltene Aufgabe. Nur unter steter Vergegenwärtigung dieses wichtigen Unterschiedes wird es möglich, dem Rechte der freien Persönlichkeit die gebührende Anerkennung zu zollen. Die historisch-kritische Betrachtung des gemeinrechtlichen Untersuchungsverfahrens erweist sich als besonders geeignet, um in dieser Hinsicht die leitenden Gesichtspuncte aufzufinden. Es ist dies um so unerläßlich, er als hierüber selbst in der Theorie noch manche Unklarheit herrscht, welche befürchten läßt, daß für diesen Theil des Verfahrens die Praxis die Uebelstände zurückführen wird, um deren Beseitigung es sich bei der Reform unserer Strafrechtspflege hauptsächlich handelt. Diese Gefahr liegt um so näher, als diejenigen Persönlichkeiten, denen

---

*) Andrer Meinung ist Hepp „Reform des deutschen Rechtslebens" S. 106 u. f., weil er einerseits die Untersuchung zu *weit ausdehnt*, andrerseits mit der Verfolgung verwechselt und *vermengt*.

die Verwaltung des Richteramts auch in Zukunft in Deutschland anvertraut werden muß, zum größeren Theil die nämlichen seyn werden, welchen es wegen vieljähriger Gewöhnung an das alte Verfahren sehr schwer fallen wird, in den Geist der neuen Gesetzgebung vollständig einzubringen.

Daher ist denn auch eine detaillirtere Beschreibung der Instructionshandlungen in der Voruntersuchung, als solche der französische Gesetzgeber gegeben, sehr zu empfehlen, und eine bloße Verweisung auf die bestehenden Regeln des Untersuchungsprocesses, womit mehrere deutsche Gesetzgebungen sich begnügen, entschieden zu widerrathen. Freilich wird auch dann noch in der klaren Erkenntniß der zu verfolgenden Zwecke die beste Schutzwehr gegen willkührliche Ausdehnung der dem Staate unentbehrlichen und unter Voraussetzung schützender Formen auch nicht gefährlichen Eingriffe in den Rechtskreis Anderer zu finden seyn. Nur darin, daß diese weit über das durch den richtigen Begriff der Untersuchung vorgesteckte Maaß hinausgehn, concentriren sich die fühlbarsten Mängel des gemeinrechtlichen Processes.

Nicht minder haben wir vor der vielfach verbreiteten Ansicht zu warnen, daß die Gegenstände der Voruntersuchung in diesem Stadium des Verfahrens nur einer oberflächlichen, unvollständigen Feststellung bedürfen, deren Ergänzung dem Hauptverfahren vorbehalten bleibe. Wird letzteres in seiner wahren Bedeutung aufgefaßt, so wird sich daraus von selbst ergeben, daß alle in die äußere Erscheinung getretenen Seiten der Begebenheit, wie alle die Schuld äußerlich indicirenden Thatsachen vom Untersuchungsrichter auf das vollständigste zu constatiren sind. Weder die Einnahme eines Augenscheins, noch die Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen darf, wo sie dem Zweck der Untersuchung förderlich ist, unterbleiben, und über alle Erhebungen sind mit Sorgfalt glaubhafte Protocolle zu führen, um die äußeren Momente der ganzen Begebenheit, als Grundlage für das weitere Verfahren, zunächst

für die Versetzung in den Anklagestand, durch die Schrift zu fixiren. Das Hauptverfahren hat alsdann die objectiven Ergebnisse der Untersuchung mit der Subjectivität des Angeklagten zu vermitteln. Dasselbe zerfällt selbst wieder in zwei Abschnitte, in das eigentliche Beweisverfahren u. die Einleitung dazu, um über die Eröffnung der Hauptverhandlung zu beschließen, geschehe dies nun wie in England durch die große Jury, oder wie in Frankreich durch die Anklagekammer. Allemal fixirt die Versetzung in den Anklagestand den Uebergang von dem Untersuchungsverfahren in das Beweisverfahren und berechtigt den Staat den Angeschuldigten nunmehr öffentlich als eines Verbrechens verdächtig hinzustellen und zu behandeln. In diesem Zwischenstadium wird aber auch dem Betheiligten zu seiner Vertheidigung Gelegenheit gegeben werden müssen. Von richtigem Tacte geleitet bestimmte das französische Gesetzbuch, daß es dem Angeschuldigten frei stehe eine Denkschrift bei der Anklagekammer zu übergeben, doch unterblieb es für einen ungeschmälerten Gebrauch dieser angemessenen Befugniß, zur möglichen Abwehr einer richterlichen Entscheidung, welche die ganze bürgerliche Stellung des in Untersuchung Gezogenen so wesentlich afficirt, die nöthige Sorge zu tragen, indem dem Unvermögenden durch Beiordnung eines Vertheidigers von Amtswegen nicht geholfen, und weder dem Beschuldigten noch seinem selbstgewählten Vertheidiger Einsicht der Acten oder beiden die Erlaubniß zur Besprechung mit einander gewährt wurde. Das Eine wie das Andere aber müßte geschehen, und die obgedachte Denkschrift nicht nur zur Abwendung der Verweisung vor die Assisen zugelassen werden, sondern auch dazu dienen können, um auf Vervollständigung der Untersuchung und Aufnahme erheblicher Beweise anzutragen, deren Gebrauch im Interesse des Angeschuldigten liegt.

In Bezug auf das öffentlich-mündliche *Hauptverfahren kommt* es vorallen Dingen darauf an, dasselbe als *Beweisverfahren* aufzufassen, und seinen Zweck darin zu setzen,

durch die möglichst lebendige Wiedervorführung der That nach allen ihren Seiten als eines zusammengehörigen Ganzen die objective Macht der Wahrheit auf das Gewissen derjenigen wirken zu lassen, welche das Gesetz zu Richtern der Schuldfrage bestellt hat. Die Erkenntniß der Mängel unseres bisherigen Beweissystems rechtfertigt ein Verfahren, welches dazu bestimmt ist, dem Endurtheil in Strafsachen eine zuverlässigere Grundlage zu geben. Als man sich der Thatsache nicht mehr verschließen konnte, daß die historische Ueberzeugung, welche der Verstand durch Schlußfolgerungen bildet, nur einen höheren oder geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit zu bieten vermöge, führte das Bedürfniß darauf, die durch Beweisregeln geschützte Reflexion über die Beweismittel des äußeren Thatbestandes nur als vorbereitende Grundlage gelten zu lassen, und für den Beweis der concreten Schuld, der bisherigen mehr negativen Gewähr, eine positive hinzuzufügen, in dem auf dem Wege unmittelbarer Anschauung gewonnenen Gesamteindrucke aller objectiven Momente der That auf das Gewissen. Eine Einhaltung dieses Weges um die Frage zu entscheiden, ob der Angeklagte schuldig sei oder nicht, wird die Schwierigkeiten der Aufgabe, um die es sich hier handelt, nicht verkennen lassen, und alle Einwände beseitigen, die darauf hinausgehn, der moralischen Ueberzeugung Unsicherheit und Unklarheit vorzuwerfen; für ihre Bildung ist die Anwendung negativer Beweisregeln unentbehrlich aber nicht genügend, das reine Erzeugniß logischer Operation bedarf noch der Vermittlung durch den Gesamteindruck auf das Gewissen, um die That in ihrer Totalität aus den einzelnen hinterlassenen Spuren und zerstreuten Stücken des Thatbestandes zusammenzusetzen, um ihren concreten Inhalt als individuelle Wirklichkeit, als eine einem freien Subject zur Schuld zurechenbare Handlung zu erkennen. Den Ausdruck dieser subjectiven Ueberzeugung giebt der Spruch über die Schuldfrage, welcher gleichmäßig die äußere und innere Seite des Verbrechens befaßt.

Bei dieser Auffassung der Beweisführung in Straffachen, die in der Mangelhaftigkeit aller objectiven Wahrheitscriterien, dem menschlichen Bewußtseyn gegenüber, ihren Grund hat, wird die Reconstruction des gesamten Factums, sämt der Entscheidung durch das richterliche Gewissen in solchen Straffällen überflüssig erscheinen müssen, wo ein glaubwürdiges Geständniß des Angeklagten vorliegt. Diese theoretische Consequenz hat denn auch im englischen Rechte practische Anerkennung gefunden, während in Frankreich die allerdings nahe liegende Besorgniß, daß es der richterlichen Prüfung noch an geeigneten Mitteln fehlen werde, um die volle Glaubwürdigkeit des erfolgten Geständnisses richtig zu würdigen und zu beurtheilen, davon abgehalten hat, dem Geständnisse gleichen Einfluß zu gestatten.

Das Princip des Verfahrens von Staatswegen äußert sich auch in diesem Proceßabschnitte in dem Streben nach materieller Wahrheit; die organische Gliederung der verschiedenen Functionen verlangt einerseits eigene Organe für die Entscheidung der Schuldfrage, für die Anwendung der Rechtsregeln, in sofern sie davon unabhängig, für die Leitung des Verfahrens, das die Wiedervorführung der That bezweckt, und für die Thätigkeit der partheilichen Interessen. Soll die Ermittlung der Schuld nicht begünstigt erscheinen vor der der Unschuld, so stellt sich die Gleichstellung des Anklägers und Vertheidigers als dringendes Bedürfniß heraus, die Natur des Verfahrens bestimmt zugleich die Art und Weise, wie ihre Vorträge einzurichten sind; unabhängig von beiden, und ihre Thätigkeit überwachend wird der vorsitzende Richter, gemäß dem Princip des Verfahrens von Staatswegen die Beweisaufnahme selbstständig zu leiten, sich aber dabei aller richterlichen Untersuchungshandlungen zu enthalten, und hievon vermöge seiner discretionären Gewalt nur dann eine Ausnahme zu machen haben, wenn die Veranlassung zur Aufklärung eines Punctes nicht schon vor der öffentlichen Sitzung vorlag.

sondern in ihr erst gegeben wurde. Die naturgemäße Stellung der beiden Elemente des Assisenhofes, des Präsidenten und seiner Beisitzer wird es mit sich bringen, daß Alles, was zur Instruction der Sache gehört, dem Ersteren, den Letzteren aber die eigentlich richterliche Thätigkeit anheimfällt, die Aufstellung der Fragen an die Geschworenen, wie die Entscheidung aller rechtlichen Incidentpuncte. Je unpartheiischer und unbefangener dadurch die Stellung des Assisenpräsidenten geworden, um so leichter wird es werden, sein Verhältniß zur Jury richtig zu bestimmen, das im Wesentlichen darin besteht, derselben die Entscheidung der Beweisfrage zu erleichtern. Wie schon aus dem früher Angeführten folgt, soll das Verdict der Geschworenen auf einem zweifachen Wege zu Stande kommen, auf dem der logischen Verstandesoperation und dem der unmittelbaren Anschauung, weil erst nach Beseitigung der den äußeren Thatverhältnissen entnommenen, auf ein Anderssein gerichteten Bedenken die subjective Gewissensüberzeugung durch den Gesamteindruck rein und unverfälscht sich bilden kann. Wegen der mit dem Institut der Geschworenen unvermeidlich verbundenen Schwierigkeiten, welche aus ihrer oft mangelhaften Bildung und ungeübten Denkweise bezüglich der ihnen zugewiesenen Verstandesthätigkeit sich ergeben, sollen die factischen Prämissen des Verdicts, soweit es dem Verstande und nicht dem Gewissen angehört, der Jury vom Präsidenten in seinem Schlußvortrage übersichtlich, deutlich und präcis vorgeführt, und damit eine Zergliederung der Beweisregeln wie eine Belehrung über die einschlagenden Rechtspuncte verbunden werden. Den letzten Bestandtheil des Verfahrens bildet endlich die Aburtheilung, welche den Wahrspruch der Geschworenen und die Subsumtion seines Inhalts unter das Strafgesetz umfaßt. Auch in diesem Stadium ergeben sich manche Anforderungen aus der organischen Natur des Processes, indem wir beispielsweise nur als ihr widersprechend die Bestimmung erwähnen wollen, der zufolge Richter

schaft und des Angeklagten bei dem einen und dem andern Verfahren zu erörtern, oder der bessern Anwendbarkeit anderer, eben in den Vordergund gestellter processualischer Elemente bei dem einen oder anderm Verfahren Rechnung zu tragen; und nach diesen Richtungen hin wurde dann die Frage sehr gründlich namentlich mit Hinweisungen auf die Erfahrungen in der Gerichtspraxis erörtert. Da aber das Inquisitionsprincip nicht überall in voller Reinheit durchgeführt war, sondern bald da, bald dort ein Element des accusatorischen Processes sich erhalten hatte, während umgekehrt dieser in dem Lande, dessen Einrichtungen zunächst zum Vergleichungspunkte dienten — in Frankreich — mit inquisitorischen Elementen in hohem Grade versetzt war: konnten alle diese Erörterungen nur wenig dafür thun, den Begriff des reinen Accusationsprozesses in seiner vollen Schärfe zu entwickeln, und irrige Auffassungen zu beseitigen, zu denen vorzüglich die beiden Losungsworte der streitenden Partheien: Accusation und Inquisition, Anlaß gaben.

Nicht darauf nämlich kommt es im Wesentlichen an, ob die Staatsgewalt unaufgefordert für die Bestrafung der Verbrechen Sorge trägt, oder die Klage des Verletzten oder eines anderen Privaten abwartet; ferner wird weder, in was immer für einer Weise die Schuld festgestellt und das Urtheil geschöpft wird, in weitaus den meisten Fällen ohne Nachsuchung die Bestrafung von Verbrechen möglich seyn, noch ist ein Zustand der Strafrechtspflege denkbar, in dem nicht die Anklage, unter was immer für Formen die Technik sie verdeckt, die Hauptrolle spielte. — Es handelt sich in letzter Instanz immer darum, ob ein Proceß, ein Rechtsstreit geführt, — das heißt, über einander widerstreitende Rechtsansprüche ein richterliches *Urtheil gesucht* und erlangt wird, — oder ob Recht und Un-

VI.

Ueber
die Versetzung in Anklagestand bei schweren Verbrechen.

Von
Herrn Dr. Jul. Glaser
in Wien.

---

§. 1.

Selten noch ist durch langjährigen Gelehrtenstreit so wenig für die Klärung des Begriffes, um den der ganze Streit sich drehte, geschehen, als durch die Polemik über die Wiedereinführung des Accusationsprozesses; ja, man kann behaupten, es habe diese Polemik eben recht dazu geholfen, den Begriff ins Unklare zu ziehen. Von erbitterten Gegnern auf der einen, von schüchternen Verfechtern, die mit der Forderung des vollen Ganzen nicht durchzudringen oder wenigstens Aergerniß zu geben fürchteten, auf der anderen Seite, ward statt des Wesens des Anklageprocesses nur demselben Aeußerliches hervorgehoben, und zwar bald das eine, bald das andere Aeußerliche, so daß eigentlich nur das constant war, — daß das Anklageprincip dem Inquisitionssystem entgegengestellt wurde. Bald war es der erste Anstoß zur Eröffnung des Strafverfahrens, bald der mehr oder minder feierliche Moment der Endentscheidung, um den die Vergleichung sich drehte; bald handelte es sich darum, die gegenseitige Stellung der bürgerlichen Gesell-

Nur daraus, daß wir noch weit, sehr weit von natürlichen Zuständen in diesem Gebiete der Rechtsübung entfernt sind, läßt sich's erklären, daß die Wissenschaft über eine Frage noch im Unklaren seyn kann, die bei gesunder Gliederung des Processes gar nicht aufgeworfen werden könnte, über die Frage nämlich: wann ein gegebener Proceß beginnen, und wann er als eröffnet zu betrachten sey?

So lange nämlich im Proceß der Richter nur das Vorbringen zweier Partheien zu hören und darüber zu entscheiden hat, so lange vor ihm nur zwei mit gleichen Waffen kämpfende, ihm gleich fern stehende Partheien erscheinen: ergiebt es sich ganz von selbst, daß der Proceß eröffnet ist, sobald der Ankläger sich zum Beweise der Schuld bereit erklärt; — die Thätigkeit, die nöthig seyn sollte, um dem Ankläger die Führung des Processes möglich zu machen, nimmt in der Regel nicht den Richter, sondern eben nur den Ankläger in Anspruch, und gehört deshalb nicht in das Bereich des Processes selbst. Nur wo das Gesetz, um den Partheien die Aufbringung der Beweise möglich zu machen, ihnen gewisse Rechte überträgt, wird es natürlich nöthig, daß, um Willkürlichkeiten vorzubeugen, jeder, der ein solches Recht beansprucht, vor dem Richter die Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen nachweisen müsse. Daß aber diese richterliche Thätigkeit dem eigentlichen Processe nicht anheimfalle, ergiebt sich schon daraus, daß das von der Parthei in Anspruch genommene Recht (z. B. eine Haussuchung vorzunehmen, Zeugen zu laden, oder das in Schottland anerkannte Recht, von den als Zeugen Vorgeladenen im voraus über den Umfang ihrer Aussagen Auskunft zu fordern, und sie für den Fall, daß ihr Erscheinen zweifelhaft wird, verhaften zu lassen)[1])

---

1) Alison, Practice of the Criminal Law of Scotland. (Edinb. 1833) pag. 396.

nicht einmal immer auf die Person oder das Besitzthum der Gegenparthei direkte Einwirkung haben muß. — So lange ferner der Richter, ohne Parthei nehmen zu müssen, zwischen den beiden mit gleichen Rechten ausgerüsteten, mit gleichen Waffen streitenden Gegnern steht, so lange also ein Leid dem Angeklagten erst vom Ausgange des Processes droht, während auch der Ankläger diesem Ausgang nicht mit voller Ruhe entgegensehen kann [2]): wird natürlich die Erhebung der Anklage blos vom Ermessen des Anklägers abhängen können, und dem Angeklagten fast nie gestattet werden, die Erheblichkeit der Anklage im voraus zu bestreiten, mithin auch der Richter nicht berechtigt werden, darüber sich auszusprechen, ehe es zur Endentscheidung kommt. In diesem Stadium bleibt indeß der Strafproceß nie lange stehen; gewöhnlich befindet sich nämlich bei Völkern, die das Strafrecht noch so vollkommen als Privatsache ansehen, das strafrichterliche Amt in den Händen großer, nicht ohne bedeutende Opfer zu versammelnder Körperschaften, vielleicht des ganzen Volkes; begreiflicherweise wird da bald eine Vorkehrung nöthig gefunden werden, damit nicht wegen von vornherein früher unzulässigen Anklagen der Gerichtshof versammelt werde [3]). Ferner wird bei solchen Völkern in der Regel das Recht anzuklagen als eines der — wenn das Wort noch erlaubt ist — Grundrechte des Bürgers angesehen, und es kann daher nöthig werden, vor Beginn des Processes sich darüber zu entscheiden: wem von mehreren Bewerbern eigentlich

---

2) Die römischen Calumnienstrafen (L. I. §. 1. L. 3. §. 4. D. ad S. C. Turp: (48. 16) sind bekannt; ähnliche oft sehr scharfe Anordnungen in den Legg. Barb.: zusammengestellt in Filangieri, Scienza di Legislat. III c. 2.

3) Z. B.: weil der Angeklagte eben vom Staatsdienste in Anspruch genommen ist und erst nach Ablegung seines Amtes belangt werden darf. S. Geib, Geschichte des röm.: Criminalprocesses. (Leipzig 1842) S. 266 ff.

im gegebenen Falle das Recht zustehe, die Anklage zu erheben? Endlich werden in den ersten Zeiten der Völker weit mehr Verbrechen mit offener Gewaltthat, als mit Schlauheit ausgeführt; der Thatbestand ist daher ein sehr einfacher, die Beweisführung jedenfalls nicht complicirt, ja oft unnöthig, weil nicht selten der Angeklagte viel zu trotzig ist, seine That zu läugnen. Wie aber nun die Verhältnisse sich einigermaßen verwickeln, und aus dem ursprünglichen Zustande der Rohheit sich herausheben, wird natürlich auch die Beweisführung eine viel complicirtere, die Gefahr ungerechter Verurtheilung nimmt zu mit der Anzahl heimlich und listig vollführter Verbrechen; bei noch so günstiger Stellung des Angeklagten wird der Fall immer denkbarer, daß durch scheinbare, ja durch gänzlich verfälschte Beweismittel der Richter irregeführt werde, und bei der Größe der drohenden Gefahr ist schon der Zustand des Staats ein höchst peinlicher. Nun wird es wünschenswerth, unzuverlässige Personen sogleich von der Erhebung der Anklage abzuschneiden, und es wird deshalb vor Beginn des Processes eine richterliche Entscheidung darüber nöthig, ob nicht nach den Bestimmungen der Gesetze der Ankläger vom Anklagerecht im Allgemeinen oder im gegebenen Falle vollkommen auszuschließen sey?

Wir sehen diese Zustände des Strafprocesses vielleicht am ausgeprägtesten im Strafverfahren Roms zur Zeit der Republik. Die Erhebung der Anklage steht in der Regel jedem Bürger zu; — nur nach und nach wurden immer mehr und mehr Personen von diesem Rechte ausgeschlossen, das nun auf Andere als Pflicht überging[4]). Konnte hier der Ankläger Sicherheitsleistung vom Angeklagten fordern, so lastete doch auf ihm auch die Verpflichtung zur Durchführung der Anklage; hatte er das Recht, Nach-

4) Geib a. a. O. S. 515—524.

suchungen anstellen zu lassen, so durfte der Gegner ihn unter Ueberwachung stellen Wurde es später, bei weiterer Ausbildung der strafrechtlichen Begriffe nöthig, die Anklage durch die inscriptio zu präcisiren, und wurde deshalb der Angeklagte angehalten, der bloßen Behauptung schon Rede zu stehen [5]), so konnte er sich doch ganz in der Weise des beim englischen Avraignment üblichen Verfahrens auf eine allgemeine Verneinung beschränken [6]), und mußte nach Analogie der interrogatio in jure im Civilproceß nur so weit auf die Fragen sich einlassen, als nöthig war, um auch im Interesse der Vertheidigung den Gegenstand der Beweisführung festzustellen [7]). — Der Magistratus hatte, sobald entschieden war, wer als Ankläger auftreten solle, und sobald von diesem die Anklage festgestellt worden, nur noch die Proceßfristen zu bestimmen, und damit nahm denn der eigentliche Proceß seinen Anfang.

In dem Maße jedoch, als die Ueberzeugung sich Bahn bricht, daß durch jedes Verbrechen weit mehr als das Recht des Einzelnen, der öffentliche Rechtszustand verletzt werde, daß es daher mit der Anklage im Strafverfahren eine andere Bewandtniß haben könne, als mit der Klage im Civilrechtsstreite, macht sich die Ansicht mehr und mehr geltend, daß es nicht blos vom Ermessen der Privatpersonen abhängen dürfe, ob eine gewisse Anklage unterbleiben solle, und daß es nicht mehr ein Akt der Justizverweigerung ist, wenn nicht jede Privatperson in der Lage sich befindet, eine Anklage zu erheben, die dem

---

5) z. B. otio te Siculos spoliasse. S. Geib a. a. O. S. 274.

6) Si negasset, petebatur a magistratu dies inquirendorum criminum et instituebatur accusatio heißt es in der oft citirten Stelle in (Pseudo-) Asconius, Commentar zur Actio I. in Verrem.

7) S. Savigny System S. 305. III B. S. 20 ff. — Filangieri III. 6.

Richter zur Pflicht machte, ein entscheidendes Urtheil auszusprechen. — Wie ferner die Wirksamkeit der Staatsbehörden sich immer weiter ausbreitet, und ihr Interesse an der Bestrafung von Gesetzübertretern immer deutlicher erkannt wird, wird die Lage des Angeklagten immer ungünstiger; er wird nicht mehr als Parthei behandelt, der eine andere zur vollen Beweisführung verpflichtete Parthei gegenübersteht. Zunächst wird seine Ehre dadurch angegriffen, daß die öffentliche Meinung ihm nicht eine bloße Privatperson gegenüberstehen sieht, und deshalb jetzt schon am Anfange des Processes für gewiß annimmt, was erst durch das Endurtheil zur Gewißheit wird. Der Angeklagte wird jetzt selbst zum Beweisstück, an dem der Ankläger mit Genehmigung des Richters vielleicht gar der partheinehmenden Richter selbst Experimente aller Art vornimmt, um aus ihm Beweise gegen ihn zu gewinnen. Je günstiger hiebei die Stellung des Anklägers ist, desto länger wird das Eintreten jener Periode verzögert, wo endlich doch, allerdings gestützt auf das gewaltige Material, das mit Hilfe einer starken Executivgewalt und vielleicht auch durch die Schwäche des Angeklagten selbst zusammengebracht wurde, der Ankläger auf den eigentlichen Proceß sich einlassen muß, d. h. auf ein Verfahren, in dem dem Richter zwei Partheien gegenüberstehen, deren eine noch dazu eine rechtliche Vermuthung für sich haben soll. — Zu gleicher Zeit vermehren und verwickeln sich bei vorrückender Civilisation die Verbrechen einerseits, anderseits die Strafgesetze; immer mehr Handlungen werden zu verbotenen; und wie es schwerer wird, das eigentlich Vorgefallene festzustellen, so wird jetzt auch viel häufiger als sonst die Frage aufgeworfen: ob wohl die vielleicht vollkommen deutlich erkennbare Handlung eine verbotene, eine strafbare gewesen? Hiedurch nun stellten sich nach und nach in der Strafrechtspflege folgende Axiome fest:

1) In der Regel soll nur die Staatsbehörde die Einleitung eines Strafprocesses gegen ein bestimmtes Individuum veranlassen können.

2) In den nun nicht bloß gefährlichen, sondern auch höchst peinlichen Anklagezustand soll niemand anders als unter Beobachtung gewisser, gesetzlich festgestellter Vorsichtsmaßregeln versetzt werden.

3) Zur Aufbringung der Beweismittel geht dem eigentlichen Processe ein immer mehr an Ausdehnung zunehmendes Vorverfahren voran; der Angeklagte muß also die Mittel erlangen, diesem ein Ende zu machen, und sein Recht, nur einer deutlich festgestellten Anklage Rede stehen zu müssen, zur Geltung zu bringen.

4) Nicht bloß die dieser Anklage zu Grunde liegende Thatsache, sondern auch deren rechtliche Natur muß festgestellt und endlich im Zweifelsfall entschieden werden, von welchem Richter der Proceß zu führen sey.

Zur Erreichung dieser Zwecke finden wir nun in den Ländern, in denen das Anklageprincip gilt, oder nach Beseitigung des Inquisitionsprocesses nominell wenigstens wieder zur Geltung gelangte, verschiedene Wege eingeschlagen. Der Act, mit welchem der eigentliche Proceß eröffnet wird, stellt sich uns in drei verschiedenen Hauptformen dar. Am nächsten den Formen des reinen Anklageprocesses steht das schottische Verfahren; etwas mehr inquisitorisches Element enthält schon das aus ganz eigenthümlichen Verhältnissen entwickelte in England und, im Wesentlichen, auch in Nordamerika beobachtete Verfahren. Von beiden wesentlich verschieden, obgleich zum Theil unter dem Einflusse des letzteren herangebildet, zeigt sich die französische Anklagestandversetzung (Mise en accusation).

§. 2.

In Schottland steht in der Regel die Anklage nur den Kronanwälten, dem Lord Advocate und dessen Stellvertreter zu. Die Einleitung des ausschließend im Interesse der Anklage und unter derem Einflusse geführten Vorverfahrens wird vom Fiscalprocurator bewirkt. Der Fiscalprocurator sammelt die vorhandenen Beweismittel, und führt sie dem Sheriff vor, theils allerdings zu deren Beglaubigung für den Fall, daß sie später nicht unmittelbar wieder hergestellt werden könnten; vorzüglich aber, um vom Richter die Einziehung des Angeklagten und allenfalls die Erlaubniß zur Vornahme von Haussuchungen zu erlangen [8]). Freilich wird nicht selten der Vorführungsbefehl ertheilt, ehe eine Zeugenvernehmung stattfindet; ja selbst die Vernehmung des Angeschuldigten findet häufig früher statt. Dieser Vernehmung kann sich der Angeklagte allerdings entziehen; allein da angenommen wird, daß sie eben nur zu seinen Gunsten stattfinde, würde seine Weigerung, auf dieses gefährliche Vertheidigungsmittel einzugehen, seine Freilassung in den meisten Fällen unmöglich machen [9]). Das ganze übrige Strafverfahren wird, wie schon bemerkt, ausdrücklich als ex parte proceeding, als Verfahren zu Gunsten des Anklägers, vorgenommen und hat zunächst nur den Zweck, dem Sheriff zu beweisen, daß die Staatsanwaltschaft allerdings genügende Gründe habe zu fordern, daß durch Bürgschaft oder Verhaftung des Angeschuldigten dessen Erscheinen vor Gericht gesichert werde. Die Aufzeichnung der in dieser Absicht erhobenen Zeugenaussagen, die übrigens unter Aufsicht des Sheriffs der Fiscalprocurator besorgt, hat dabei noch einen anderen

8) Alison a. a. O. S. 121 und 146.

9) Die Fragen stellt meistens der Ankläger; der Angeklagte muß *über sein Recht*, die Antwort zu verweigern, belehrt werden. *Alison* pag. 131. Hume II. 81.

Zweck. Diese Acten werden nämlich dem Lord Advocate oder dessen Stellvertreter für den betreffenden Assisenbezirk vorgelegt; dieser, je nachdem er die (ihm persönlich obliegende) Durchführung der Anklage für möglich hält oder nicht, verfügt entweder die Freilassung des Angeschuldigten, oder erhebt (nachdem er die allenfalls noch nöthigen Nachforschungen angestellt und, wo es sich um eine nur mit geringer Strafe belegte That handelt, die Sache dem zuständigen Untergericht übergeben) die förmliche, genau festgestellte Anklage gegen den Angeschuldigten in einer an diesen gerichteten Zuschrift, die zugleich die Aufzählung sämmtlicher Beweismittel enthält [10]). Nur wenn diese Anklageschrift funfzehn Tage vor dem zur Hauptverhandlung bestimmten Termine (diet) dem Angeklagten zugestellt wurde, ist dieser zu erscheinen und sich zu verantworten verpflichtet; wie er umgekehrt, sobald er in Haft oder Bürgschaft gezogen wurde, durch die Acte von 1701 die Mittel erhält, den Ankläger zur Einbringung der Anklage binnen sechzig und zur Durchführung derselben binnen weiterer vierzig Tagen zu nöthigen, und bei Nichteinhaltung dieser Fristen seine augenblickliche Freilassung zu erlangen. Von dem Augenblicke an, wo der Angeklagte vor den Schranken des Gerichtshofs erscheint, kann der Ankläger an der Anklageschrift nur zu dessen Vortheil Veränderungen (d. h. Ausstreichungen) vornehmen. Hat dann der Angeklagte „Nicht schuldig" plädirt, so steht es ihm frei, gegen die Erheblichkeit der Anklage Einwendungen vorzubringen; jedenfalls muß der Gerichtshof ein Interlocut über die Erheblichkeit (Interlocutor of Re-

---

10) Ueber die Förmlichkeiten der Anklageschrift s. mein engl. schottisches Strafverfahren (Wien 1850) §. 264. Eine sehr interessante Anklageschrift ist mitgetheilt in Mittermaier, Das engl., schott. und nordam. Strafverfahren. Erlangen 1851. S. 254.

levancy) erlassen, wobei er zu erwägen hat, ob die Anklageschrift formell richtig ist, ob sie auf ein in den Strafgesetzen vorgesehenes Verbrechen geht; ob die in derselben auseinandergesetzten Thatsachen den Thatbestand des angegebenen Verbrechens enthalten und in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise dargelegt sind. „Denn", sagt ein schottischer Schriftsteller, „es ist nicht billig, eine Parthei der Qual, Angst und den Kosten einer Schwurgerichtsverhandlung wegen solcher Angaben auszusetzen, welche am Ende nicht erheblich genug befunden würden, um Schuld nachzuweisen, oder daß die Jury an die Erfüllung ihrer geheiligten Pflichten unter Formen gehe, die vielleicht nie zu einem praktischen Resultate führen." [11])

So ist in Schottland für die Einhaltung der oben angegebenen Gesichtspunkte bei der Versetzung in Anklagestand gesorgt. Die Erhebung der Anklage ist den Beamten der Executivgewalt überlassen [12]). Gegen allzu leichtsinnige Anklagen schützt in höchst wirksamer Weise die Anordnung, daß der Advocat, der eine Anklage vorbringt, in der Regel auch die Verpflichtung übernimmt, sie vor den Assisen durchzuführen; lastet gleich in dieser Beziehung keine so scharfe juristische Verantwortung auf den Kronanwälten, wie auf dem Fiscalprocurator oder auf einem Privatankläger, so ist doch die moralische Verantwortung und die Gefährdung des Rufes als Fachmann bei der uneingeschränkten Oeffentlichkeit der Verhandlungen um so größer; nicht leicht wird ein Kronanwalt einen Fall vor den Circuit court bringen, ohne wenigstens einige

11) Alison pag. 373.

12) Dies geht so weit, daß selbst diejenigen Privatanklagen, die gegen deren Willen eingebracht werden, nur mit ihrer Mitwirkung zulässig sind; allerdings ist dann diese Mitwirkung eine bloße Formsache und wird im Falle gegenseitiger Anklagen beiden Partheien gewährt.

Aussicht auf Erfolg zu haben. Uebrigens läßt sich dieses am besten durch Ziffern nachweisen. In den Jahren 1821 bis einschließlich 1823 belief sich die Anzahl der jährlich auf Anordnung des Lord Advocate Angeklagten im Durchschnitt auf 128 [13]) bei einer Durchschnittszahl von 589 Angeschuldigten (also ungefähr 21 %); dazu kommen noch 137 vom Staatsanwalt vor Uebergerichte Gewiesene (beiläufig 22 %); während von 216 vor die Jury Gestellten nur 25 ($8^1/_2$%) straffrei erklärt wurden. (1830 stand das Verhältniß wie: 1416 : 142, also beiläufig 10%.) [14]) — Vergleichen wir damit die Ergebnisse der entsprechenden Gerichtsacte in England während derselben Jahre, so zeigt sich, daß von 16,000 in Haft oder Bürgschaft Genommenen (committed) durch den Ausspruch der Grand Jury ungefähr 1600 befreit wurden (10 %), und daß von 14,500 vor die kleine Jury Gestellten beiläufig 2400 (also $16^2/_3$%) freigesprochen wurden. Im Jahre 1843 wurden 28 % der vor die kleine Jury gebrachten Anklagen zurückgewiesen [15]). Noch günstiger für das in Schottland beobachtete Verfahren ist die Vergleichung mit den französischen statistischen Daten; dort waren den Anklagekammern im Jahre 1847 6586 Anklagen vorgelegt, und nur 432 ($6^1/_2$ %) wurden gänzlich verworfen. Die Freisprechungen durch Geschworne verhielten sich zu den Verurtheilungen wie 33 : 67, also beinahe wie 1 : 2 [16]). Vergleichen wir noch die Resultate analoger Verfahrungsweisen unter der Herrschaft des Inquisitionsprocesses, so hatten diejenigen österreichischen Provinzen, in welchen das Strafgesetzbuch von 1803 in Wirksamkeit ist, im Jahre

---

13) Alison XXVIII.

14) Mittermaier a. a. O. S. 198.

15) S. Mittermaier: Ueber Mündlichkeit u. s. w. S. 31.

16) S. Gerichtssaal, Juni 1851. S. 551 u. 552.

1846 nach Abzug der im Laufe des Jahres Entwichenen (23) und Verstorbenen (220), sowie der noch am Ende des Jahres in Untersuchung Stehenden (6250), im Ganzen 21,650 Inquisiten. Die Einstellung der Untersuchung, die man so ziemlich der freisprechenden Entscheidung der französischen Raths- und Anklagekammer gleichsetzen kann, ward verfügt in 395 Fällen, wobei noch zu bemerken ist, daß unter dieser Zahl die Verweisungen an andere Gerichte mitbegriffen sind. Von den übrig gebliebenen Angeklagten wurden zwar nur 382 gänzlich, dagegen 5042 ab instantia losgesprochen, was im Verhältnisse der Anklagen zu den Lossprechungen ergiebt, wie: 21,291:5424 (ungefähr 25%).

Eben so wenig ist aber auch zu fürchten, daß die Kronanwälte allzu ängstlich bei Beurtheilung der Anklagen seyn und zu viele Verbrechen straflos lassen könnten. Zunächst stehen die Kronanwälte unter der Aufsicht des politisch verantwortlichen Lord Advocate und mit demselben unter Controlle der öffentlichen Meinung; ihr Fachmännerruf würde schwer darunter leiden, wenn sie eine offenbar haltbare Anklage zurückgewiesen hätten, oder wenn ein Privatankläger eine Verurtheilung in einem Falle erlangte, wo sie ohne gewichtige Gründe einzuschreiten sich weigerten. Der durch ein Verbrechen unmittelbar Verletzte kann nämlich gegen die Weigerung des Lord Advocate, ein angebliches Verbrechen zu verfolgen, beim obersten Gerichtshofe Beschwerde führen: dieser fordert den Lord Advocate zur Angabe seiner Gründe auf, und ermächtigt, sofern die Anklage nicht prima facie als unzulässig erscheint, den Privatankläger (der Bürgschaft lei-

---

17) S. Statistische Mittheilungen, herausgegeben von der k. k. Direction der administrativen Statistik (Wien 1850). X. Heft S. 594 u. 595.

sten und den Calumnieneid schwören muß) zur Einbringung der Anklage[18]), die allerdings vom Assisenhofe genau geprüft wird, ehe das Erheblichkeitserkenntniß erlassen wird. — Nur rücksichtlich gegen Organe der Regierung gerichteter Anklagen wäre bei der Strenge, mit der jeder nicht unmittelbar vom Verbrechen Betroffene von der Anklage ausgeschlossen wird, ein Mißbrauch der der Staatsanwaltschaft zustehenden Rechte denkbar. — Wie gut für rasche Beendigung der Untersuchungen gesorgt ist, ergiebt sich daraus, daß in so vielen Fällen die Freilassung sogleich von der Staatsanwaltschaft verfügt wird und aus dem oben rücksichtlich des Statutes von 1701 Gesagten; da der Angeklagte, wenn er von den ihm dort eingeräumten Rechten Gebrauch macht, die Beendigung des Processes in ungefähr drei Monaten erlangen kann[19]). Für genaue Individualisirung der Anklage sorgt die Strenge, mit welcher die Gerichtshöfe die in dieser Beziehung durch Präjudicate und Gesetze festgestellten Regeln festhalten, und der Eifer, mit welchem der Vertheidiger zweifellos jede Ungenauigkeit zum Vortheil seines Clienten geltend machen würde. — Für die richtige juristische Bezeichnung der in der Anklage angegebenen Thatsachen bürgt wohl vor Allem die Geschäftskenntnß des anklagenden Kronanwalts, der die von ihm ausgesprochene Ansicht der Vertheidigung gegenüber vor dem Gerichtshof verfechten muß; viel trägt auch zur Wahrung des Rechtes der Umstand bei,

---

18) Der Inhalt der Anklageschrift ist ganz analog den ähnlichen von der Staatsanwaltschaft ausgehenden Actenstücken; die Form ist die der Criminal Letters, die im Namen des Gerichtshofes ausgestellt sind.

19) Die dem Commitment vorangehende eigentliche Untersuchungshaft währt wohl nur selten 14 Tage. Allerdings steht indeß dem Ankläger wie dem Angeklagten das Recht zu, unter Angabe wichtiger Gründe Vertagung der Hauptverhandlung zu fordern.

daß der Gerichtshof alle Fragen dieser Art gewissermaßen in thesi, ehe die individuellen Verhältnisse des Angeklagten und seiner That erörtert wurden, und für oder gegen ihn einnehmen konnten, entscheiden muß; es mag dieses auch Collisionen zwischen Richtern und Geschwornen vorbeugen und letzteren die Aufgabe oft erleichtern.

§. 3.

Wenden wir uns nun zur Betrachtung des in **England** bei der Versetzung in Anklagestand Geltenden, so finden wir auch hier den Grundsatz festgehalten, daß der König als erster Wahrer des Friedens der einzige Ankläger im Strafproceß ist; die Anklage wird daher immer im Namen des Königs, in der That aber von theils freiwillig, theils gezwungen als Verfolger (prosecutor) auftretenden Privaten erhoben. Jedoch muß in der Regel diese Anklage, von wem immer sie ausgeht, von der Grand Jury bestätiget werden. — Diese versammelt sich am Eröffnungstage der Assisen und prüft die gegen jeden in Haft oder Bürgschaft Genommenen eingelaufenen Anklagen. Die Anklagen sind vom Ankläger oder vom Gerichtssecretair abgefaßt [20]), und werden durch die Aussage des Anklägers und der Entlastungszeugen, welche die Grand Juri vornimmt, unterstützt. Die Anklage kann von der Anklagejury nur angenommen oder verworfen werden; wird sie verworfen, so hat dieses die Freigebung des Angeschuldigten zur Folge. Jedoch kann der Gerichtshof die Festhaltung desselben und die Einbringung einer neuen Anklage in der nächsten Assise anordnen [21]), wie denn

20) Ueber die Form der Anklageschrift und das Verfahren vor der Grand Jury s. eine kurze Zusammenstellung in meiner angeführten Schrift S. 222 — 246.

21) *Cottu*, Admininistration de la Justice en Angleterre. Uebersetzt von Hornthal, S. 121.

überhaupt der Ankläger seine Anklage so oft erneuern kann, bis sie von der Jury angenommen wird. Wird die Anklage angenommen, so können die Anklagegeschwornen sie auf die Weise modificiren, daß sie einzelne, auf gewisse Handlungen bezügliche Abschnitte (counts) streichen, oder die juristische Bezeichnung der That verändern[22]). Die angenommene Anklage muß, wie immer sie aus den Händen der Geschwornen hervorging, vom Ankläger bei empfindlicher Geldbuße von der petty Jury verfochten werden, wenn er nicht vom Gerichtshof Cassirung des Indictments erlangt; der Gerichtshof kann davon zunächst, sofern die Grand Jury nichts dagegen einwendet, Formveränderungen anbringen. Erhebt der Angeklagte Einwendungen gegen die Zuständigkeit des Gerichts, oder Giltigkeit des Indictments, so muß der Gerichtshof auch darüber entscheiden. Gegen diese Entscheidung steht den Partheien die Beschwerdeführung durch Plea in Arrest of Judgment offen; der Angeklagte ist jedoch verpflichtet, inzwischen sich weiter zu vertheidigen (to plead over). Bei gewissen die Regierung unmittelbar berührenden Vergehen, sowie bei Gesetzübertretungen, die in allgemein bekannten Thatsachen liegen (z. B. Preßvergehen), tritt eine anomale Vorbringung der Anklage (Information) beim Gerichtshof King's (Queen's) Bench ein — was wir, ebenso wie die an die Stelle der Grand Jury zuweilen tretende Coroners Inquest, aus Gründen des Raumes unerörtert lassen müssen.

Die Vortheile, die diese trotz mannichfachen Bedenken und Beschwerden in England höchst populären Einrichtungen für die Erreichung der Zwecke der Justiz gewähren, sind einleuchtend. Während das Princip, daß der Staats-

---

22) Phillips, *du pouvoir et des obligations de Jurys. (Trad. par Comte. Par. 1828.)* pag. 355.

gewalt das Recht und die Pflicht zukomme, den öffentlichen Frieden zu schützen, gewahrt ist, werden nicht nur die beträchtlichen Kosten, die mit der Aufstellung ständiger, öffentlicher Ankläger verbunden wären, erspart, sondern es wird auch dem Widerwillen der Bevölkerung gegen zu große Beamtengewalt Rechnung getragen, sowie der zu einer der Grundlagen der Staatsverfassung gewordenen Regel, daß die Regierung unmittelbar nur das besorgen solle, was durch die Thätigkeit von Privatversonen oder durch die moralischen Personen von geringem Einflusse nicht zu erreichen wäre. — Während also factisch das Recht, anzuklagen, in den Händen jedes Staatsbürgers liegt, wird willkürlichen Anklagen von Seiten dieser sowie ernsten und unmotivirten Verfolgungen durch die Regierung dadurch vorgebeugt, daß die Anklage durch mindestens zwölf vollkommen unabhängige Männer als zulässig und begründet anerkannt werden muß, ehe der Angeschuldigte angehalten wird, sich zu verantworten; es wird durch diese Einrichtung dem, offenbar ohne Grund, vielleicht gar um verwerflicher Motive willen Angeklagten die gerade in England sehr hoch angeschlagene Qual einer Verhandlung vor der kleinen Jury und bei **Misdemeanors** in den Grafschaften oft mehrmonatliche Haft erspart. — Mit der Bezeichnung der dem Angeklagten zur Last gelegten Thatsachen wird es in England allerdings so genau nicht, wie in Schottland, genommen; indessen ist durch das gemeine Recht vollkommen dafür gesorgt, daß niemand auf irgend eine allgemein gehaltene Beschuldigung hin vor die Schranken des Schwurgerichts gestellt werde; nähme selbst die **Grand Jury** eine solche Anklageschrift an, so würde doch ohne Zweifel der Angeklagte dagegen seine Einwendung geltend machen und vom Richter die Vernichtung des Indicrments erlangen. *Bekannt ist,* daß die Aengstlichkeit in dieser Hinsicht eher

zu weit geht, und nicht selten Formfehler im Indictment entweder dessen Vernichtung oder gar die Freisprechung des Angeklagten durch die Urtheilsjury bewirken. — Die ausdrückliche Benennung des Verbrechens, wie sie die schottische Anklageschrift giebt, kommt im englischen Indictment nicht vor; es wird jedoch gefordert, daß alle im Begriffe des Verbrechens liegenden Merkmale mit den dafür gemeinrechtlich oder durch Statute angenommenen Ausdrücken bei Beschreibung der That aufgezählt werden. Namentlich in dieser Beziehung ist das Recht der Partheien, Einwendungen gegen das Indictment vor dem Gerichtshof geltend zu machen, von Bedeutung; indeß kann besonders zum Nachtheil des Angeklagten nicht leicht eine Aenderung am Indictment oder gar dessen Annullirung erlangt werden, und es kommt, wenn troz der Belehrung, die ihr der Richter ertheilt, die Grand Jury eine falsche juristische Bezeichnung annimmt, oder selbst einfügt, dieser Irrthum meist dem Angeklagten zu statten. Ist nämlich die Anklage gemildert, so kann die Urtheilsjury nicht darüber hinausgehen; ist sie zu hart, so steht der letzteren nur seit *Kurzem* und nur in wenigen genau bezeichneten Fällen das Recht zu, mildernde Aenderungen im Wahrspruch anzubringen, und da sie das „Schuldig" im vollen Umfange der Anklage nicht aussprechen kann, sieht sie sich zuweilen genöthigt, durch ein „Nicht Schuldig" den Angeklagten freizusprechen, und ihn (bei strenger Handhabung der Regel: **non bis in idem**,) für immer von aller Verantwortung für eine immerhin strafbare Handlung zu befreien. — Die Competenz in der Anklage festzustellen, ist schon darum minder nöthig, als in Schottland und Frankreich, weil gesetzlich die Wirkungskreise der verschiedenen Gerichte nicht scharf gesondert sind, und das Recht der **King's Bench**, alle Straffälle an sich zu ziehen, ausgleichend einwirkt; es kann sich *also meist nur darum* handeln, ob die Jury

der einen oder der andern Grafschaft im gegebenen Fall zuständig sey; die Entscheidung fällt durch das Recht des Angeklagten, Einwendungen in dieser Beziehung (plea to the jurisdiction) vorzubringen, dem Gerichtshofe anheim, der in der Regel darüber mit Vorbehalt der dem Angeklagten zustehenden Rechtsmittel sogleich entscheidet; wie denn überhaupt das Verfahren ein ungemein rasches und bei sorgsamster Beachtung der Förmlichkeiten von allen Verschleppungen freies ist.

So viele unläugbare Vortheile aber dieses System bieten mag, so drängen sich doch schon, noch ehe auf die in der Rechtsübung vorkommenden Mißbräuche Rücksicht genommen wird, einige ernste Bedenken dagegen, namentlich aber gegen die Uebertragung dieses Systems anderer Länder auf. Es wird merkwürdiger Weise die große Jury (allerdings aus historischen Gründen) des Königs Jury genannt, und doch betrachtet man auch sie als Bollwerk der Freiheit und namentlich als eine Schutzwehr der Angeklagten. Man sollte wohl eher das Gegentheil vermuthen, wenn man die Elemente betrachtet, aus denen die über den Werth der Anklage urtheilende Jury zusammengesetzt ist, und wenn man die Regeln in Erwägung zieht, die ihre Thätigkeit bestimmen. Gesetzlich ist zwar wenig darüber festgestellt, wer zum Mitglied einer Grand Jury befähigt sey; da indeß bei den Assisen in den Grafschaften die Anklagegeschwornen längere Zeit beisammen bleiben müssen, und dieser Aufenthalt im Hauptort der Grafschaft mit nicht unbeträchtlichen Kosten verbunden ist, wurde es Sitte, nur die vermöglichsten Einwohner der Grafschaft zu diesem Amte zu berufen [23]). Die Mitglieder der zum Schutze des Angeklagten berufenen Körperschaft gehen also gerade aus derjenigen Classe der Bevölkerung hervor, die

23) Mittermaier a. a. O. S. 269.

am wenigsten Angeklagte stellt, und der überwiegenden Mehrzahl der Verbrechen (Eigenthumsverletzungen) vorzugsweise ausgesetzt ist. Ist nun schon aus diesem Grunde kaum große Strenge bei Beurtheilung der Anklagen zu erwarten, so wird diese Erwartung eben nicht gesteigert, wenn man die Verfahrungsweise der Anklagejury in Erwägung zieht. Sie hat nur den Ankläger zur hören, nur die von ihm vorgeführten Zeugen zu vernehmen, und sieht weder den Angeklagten, noch dessen Vertheidiger, noch eine schriftliche Rechtfertigung desselben; von den entscheidensten Beweisen für die Unschuld des Angeklagten könnte sie nur durch Zufall (etwa durch das eigene Wissen eines Geschwornen) Kenntniß erhalten. Die Fälle also, in denen eine Grand Jury im gewöhnlichen Lauf der Dinge in die Lage kommt, eine Anklage zurückweisen zu können, sind äußerst selten; nur wenn der Beweis des Anklägers schon in sich selbst zerfällt, ehe noch jemand ihm entgegentritt, oder wo etwa das Uebelwollen desselben notorisch ist, wird die Wirksamkeit der Anklagegeschwornen sich für den Angeklagten günstiger gestalten können.

Wie weit die Strenge der Anklagegeschwornen bei Prüfung der Anklagen gehen solle, ist gänzlich unbestimmt gelassen. Die Richter verfehlen nie, die Anklagegeschwornen in ihrer Anrede bei Eröffnung der Sitzung (Charge) darauf aufmerksam zu machen, daß ihre Stellung eine von der der Urtheilsgeschwornen gänzlich verschiedene sey. So viel ist auch gewiß, daß alle jene Anklagen zurückgewiesen werden müssen, die in sich unwahrscheinlich sind; ferner alle diejenigen, die auf gesetzlich unzulässige Beweismittel sich stützen [24]), wobei wohl, da eben die Lehre vom Beweis den Kernpunkt aller englischen juristischen Bildung ausmacht, nicht recht abzusehen, wie die Geschwornen,

---

24) Mittermaier a. a. O. S. 276.

selbst mit der Beihilfe des Richters, alle in dieser Beziehung sich bietenden Schwierigkeiten überwinden sollten. Wie weit aber der Beweis gehen müsse, mit dem die Anklagegeschwornen sich begnügen müssen, vermag niemand zu sagen. Genügt es, daß sie die in der Anklage angegebenen Thatsachen für wahrscheinlich halten? oder müssen sie von ihrer Wahrheit überzeugt sein? „Die Grand Jury", heißt es in einer vielbenutzten englischen Rechtsencyklopädie, „kann darauf bestehen, daß ihr ein eben so scharfer Beweis vorgelegt werde, wie er in der Hauptverhandlung gefordert wird; obgleich dies nicht üblich ist." „Sie richtet den Angeklagten nicht ..... aber sie sollte doch vollkommen von der Wahrheit des Indictments überzeugt seyn."[25]) Diese beiden fast unmittelbar an einander stehenden Stellen bezeichnen recht deutlich, wie schwankend die Ansicht über diesen Punkt ist. In Nordamerika scheint die letzte Ansicht durchgedrungen zu seyn; sehr bestimmt lautet folgende dort aufgestellte Norm: „Die Grand Jury soll die Anklage zulassen, wenn alle vorliegenden Beweise zusammengenommen nach der Ansicht der Geschwornen die Verurtheilung des Angeklagten durch die Urtheilsjury rechtfertigen."[26]) In der That sollte man wohl diese Meinung für die richtigere ansehen, wenn man bedenkt, wie viel Gewicht darauf gelegt wird, daß kein Engländer verurtheilt werden könne, wenn nicht 24 Mitbürger einstimmig seine Schuld anerkannt haben. Einen andern Grund macht Phillips geltend, der sich wohl am entschiedensten für diese Auffassung der Sache aussprach. Die Anklagejury, meint er, müsse, ehe sie eine Anklage für

---

25) Tomlins, Law Dictionary (4ter Band) London 1835. v. Grand Jury.

26) Zeitschrift für Gesetzgebung des Auslandes, Band XXI. S. 295.

begründet erkläre, von der Wahrheit alles dessen überzeugt seyn, was in derselben enthalten sey; der Ankläger müsse die ganze Thatsache klar und unwiderleglich festgestellt haben. Es sey dies deßhalb unbedingt nöthig, weil die Anklagejury nur die Beweise gegen den Angeklagten kenne, und also jeder Zweifel diesem zu statten kommen müsse[27].

Dies führt uns auf die tiefer liegende Ursache dieser sonderbaren Zweifel — auf den Zwiespalt in der Stellung der Anklagejury, wie diese historisch sich entwickelte. Bisher haben wir mit der ganzen Institution nur in soweit uns beschäftiget, als sie gegen leichtsinnige und vexatorische Anklagen schützen soll; der Anklagejury kommt aber nicht bloß diese richterliche Thätigkeit, die Entscheidung über den Anspruch des Anklägers auf Zulassung zur Anklage und den stillschweigenden des Angeklagten auf Zurückweisung desselben zu, sondern sie tritt zu gleicher Zeit selbst als Anklägerinn auf. Ohne uns (was schon der Raum nicht gestatten würde) auf die in tiefes Dunkel gehüllten Ursprünge der Jury in England näher einzulassen, weisen wir bloß auf die in England allgemein verbreitete Ansicht hin, daß die Grand Jury aus jener Zeit stamme, wo man sich genöthigt sah, viele Richter wegen der von ihnen verübten Willkürlichkeiten hinrichten zu lassen; wo es also räthlich schien, gegen diese dadurch sich zu schützen, daß die Richter nur über jene Gewalt haben sollten, die ihnen von der Gemeinde gewissermaßen preisgegeben waren. Ferner ist aber auch, namentlich durch deutsche Forschungen, festgestellt, daß der Gemeinde die Verpflichtung oblag, die Verbrecher den Richtern auszuliefern; wir sehen schon von den Zeiten Alfreds die ganze

27) Phillipps a. a. O. S. 336.

Gemeinde (hundred) für gewisse in ihrem Bezirke begangene Verbrechen verantwortlich gemacht, und wissen, daß sie sich von dieser Verantwortung nur durch Angebung des Thäters befreien konnte. Um die Zeit der normännischen Eroberung war indeß der klagende König an die Stelle der büßenden Gemeinde getreten, ohne jedoch deren Thätigkeit oder Mitwirkung aufzuheben[28]). Das Recht der Anklage fällt jetzt dem König anheim, und in der Zeit, wo die erste unzweideutige gesetzliche Anerkennung der Grand Jury vorkommt (Stat. 5, 25. Edw. III. c. 4) ist die Privatanklage (Appeal) schon zum großen Theil außer Uebung und jedenfalls sehr beschränkt. Diese Privatanklage, welche dem Ankläger alle Rechte des anklagenden Königs, selbst das Begnadigungsrecht, gab, war zu keiner Zeit der Prüfung durch die Grand Jury unterworfen; dafür nöthigte sie, so lange der Zweikampf eine allgemein übliche Beweisart blieb, zur Bloßstellung der eigenen Person, und war auch nach allgemeiner Einführung des trial *per pais* mit dem Mißstande verbunden, daß im Fall der Freisprechung der Ankläger zur Verantwortung gezogen ward. Man zog es daher begreiflicher Weise vor, die Verfolgung dem Könige zu überlassen, oder richtiger: in seinem Namen anzuklagen. Damit aber nicht jeder des königlichen Namens zur Bemäntelung seiner eigenen Rache oder sonstigen Pläne nach Belieben sich anmaßen könne, ward die königliche Anklage nach und nach ungefähr in derselben Weise an die Bestätigung durch die Grand Jury gebunden, wie etwa im constitutionellen Staatsrecht die Vollziehbarkeit einer Verordnung des Fürsten von der Gegenzeichnung derselben durch einen Minister abhängt. Die Geschwor-

---

28) Gundermann: Ueber die Einstimmigkeit der Jury. (München 1849) S. 161.

nen nahmen also statt des Königs (dessen Geschworne sie ja im Gegensatze zur Jury des Landes, zur Urtheilsjury, heißen) die Anklage von den Schultern der anzeigenden Privatpersonen oder des Friedensrichters ab und auf ihre eigenen; „sie", so lautet die officielle Formel, „beeidiget und beauftragt, für den König und für die Gesammtheit der Grafschaft (pro corpore comitatus) Untersuchung anzustellen, zeigen bei ihrem Eid an (present) u. s. w." Während also die öffentliche Meinung und die Doctrin in ihrer ganzen Thätigkeit nichts anderes sieht, als eine Prüfungsbehörde, welche die redlich gemeinte und beachtungswerthe von den verwerflichen Anklagen zu sondern hat, von der man keinen Ausspruch über die Wahrheit der Thatsachen, sondern nur die Erklärung erwartet, daß eine gewisse Person eines gewissen Verbrechens mit Recht angeklagt sey: erzählt die Jury bei ihrem Eid, ohne den geringsten Zweifel zu äußern, daß A. eine gewisse Handlung begangen habe, was offenbar voraussetzt, daß sie von der Wahrheit der angegebenen Thatsachen vollkommen überzeugt seyn müsse. So schwankt jetzt des Königs Jury zwischen staatsanwaltschaftlicher und richterlicher Function, zwischen redlicher aber doch nur einseitiger Nachforschung, die eine einseitige Behauptung zum Resultat haben soll, und billiger, Allen gerechter Beurtheilung eines noch nicht vollständigen Materials, eine Beurtheilung, deren Ergebniß ein unpartheiischer, aber keineswegs entscheidender Ausspruch seyn soll; und wenn auch diese letztere Richtung ihrer Thätigkeit längst den Sieg über die andere davon getragen, so sind bei der Zähigkeit, mit der in England Alles festgehalten wird, was einmal vorhanden ist, viel zu viel Voraussetzungen der ersteren übrig geblieben, als daß viele Anklageverwerfungen von der englischen Jury zu erwarten seyn sollten.

Worin besteht indeß in dem für den Angeschuldigten günstigsten Falle der Vortheil, welchen diesem die Nichtzulassung der Anklageschrift gewährt? Er wird um einige Stunden, und nur in minder ernsten Fällen, wo meist nur Bürgschaftsleistung gefordert wird, um einige Monate früher freigesprochen, als wenn die Anklage unmittelbar der Urtheilsjury vorgelegt worden wäre. Will man nicht annehmen, (was in England niemand behauptet,) daß die Persönlichkeit der Anklagegeschwornen überhaupt mehr Beruhigung gewährt, als die der Urtheilsgeschwornen, so kann man auch nicht befürchten, daß eine Urtheilsjury, vor der der Angeklagte seine volle Vertheidigung führen kann, und welcher der Richter mit seinem Rathe unmitttelbar beisteht, in einem Falle ein „Schuldig" sprechen könne, in dem die Anklagegeschwornen schon die unwidersprochene Anklage ungenügend unterstützt finden. Der Angeklagte gewinnt also durch die Zurückweisung der Anklageschrift nur einige Tage (oft nur einige Stunden) und verliert dagegen den Vortheil, jeder künftigen Anklage die Einrede früher Freisprechung (Plea of *autre fois acquit*)[29]) entgegensetzen zu können. In der That hat selbst in diesem Falle weit mehr der Ankläger als der Angeklagte Grund, der Anklagejury dankbar zu seyn; er erspart, wenn seine Anklage ganz haltlos war, zunächst die nicht unbedeutenden Kosten des Trial, die nur im Falle der Ueberführung des Angeklagten die Grafschaft ersetzt; er entgeht den Ansprüchen, die der freigesprochene Angeklagte vielleicht gegen ihn erheben könnte. Während ferner die Urtheilsgeschwornen seiner vielleicht nur aus Nachlässigkeit schlecht begründeten Anklage für immer ein Ende gemacht hätten, ist das Ignoramus der Grand Jury eigentlich nur eine Art Warnung für den

---

29) Blackstone, Commentaries on the Law of England, *IV. 26.* (Oxford 1770) pag. 333.

Ankläger, der später besser gerüstet einen neuen Angriff versuchen kann.

Den Dienst, den indeß die Anklagejury in dieser Weise der Anklage leistet, läßt sie diese theuer bezahlen; wir haben schon früher erwähnt, wie durch einen Mißgriff der Anklagegeschwornen der Ankläger, der mit diesen seine Rechte gewissermaßen theilen muß, in die Lage versetzt werden kann, entweder selbst die Cassirung der von ihm eingebrachten Anklageschrift verlangen, oder eine ihm fremde Ueberzeugung vor Gericht durchführen und verfechten zu müssen; ferner bleibt ihm, wenn während der Verhandlung es sich zeigt, daß die von ihm und der Anklagejury übereinstimmend angegebene Handlung eine minder strafbare gewesen, als die Anklageschrift voraussetzt, kein Mittel, aus eigener Macht eine Veränderung an dem von der Grand Jury einmal festgestellten Wortlaut der Anklage vorzunehmen, und er muß, wenn nicht ein specielles Gesetz der kleinen Jury im gegebenen Fall eine Aenderung gestattet, die gänzliche Freisprechung des Verbrechers gewärtigen.

Nebst diesen gewissermaßen a priori bei bloßer Betrachtung der Institution an sich bestehenden Bedenken, ergeben sich noch andere aus der Art, wie dieses in der Rechtsübung sich gestaltet. Es ist von einem der ausgezeichnetsten englischen Juristen[30]) hervorgehoben worden, daß die englische Grand Jury „eine Körperschaft sey, die aller Verantwortung sich entziehe und sehr oft gegen alle Gerechtigkeit einen Proceß anfange." Was den ersten Theil dieses Vorwurfes betrifft, so stützt er sich darauf, daß die Aussprüche der Grand Jury nur auf Stimmenmehrheit

30) Lord Brougham; s. Foelix, Revue de droit français, Fevr. 1843.

beruhen, während die Engländer gerade deßhalb auf die Einstimmigkeit des Wahrspruches der kleinen Jury ein so großes Gewicht legen, weil sie jeden Einzelnen für sein Benehmen wenigstens moralisch verantwortlich wissen wollen. Soll ferner die Aeußerung, daß oft Processe gegen alle Gerechtigkeit begonnen werden, in dem Sinn gemeint sein, daß die Anklagejury oft unbegründete Anklagen genehmige, so muß auch dies zugegeben werden. Zwar fällt hier zunächst sehr schwer der von Mittermaier[31]) hervorgehobene Umstand ins Gewicht, daß vor der Anklagejury die Zeugen höchst unzuverlässig aussagen, weil sie nicht beeidiget werden, und weil (was gewiß auch noch in Betracht kommt) das Verfahren vor der Grand Jury geheim ist, und selbst die von den Mitgliedern derselben besorgten flüchtigen Aufzeichnungen der Zeugenaussagen noch am Abend desselben Tages vernichtet werden müssen; aber gewiß trägt die vorerwähnte factische Unverantwortlichkeit der Geschwornen nicht wenig dazu bei, daß so viele Anklagen vor die Urtheilsjury kommen, die nie dahin gelangen sollten. Die meisten Anklageschriften werden von der Jury mit einer Hast erledigt, die den Gedanken an gebührende Erwägung derselben gar nicht aufkommen läßt. Wie wär's sonst auch denkbar, um auf den schon früher angestellten Vergleich mit Schottland zurückzukommen, wie wär's sonst auch denkbar, daß die Jury nur 10 % der ihr vorgelegten Anklagen zurückweist, während der öffentliche Ankläger in Schottland, seinem eigenen Ermessen überlassen, 21 %, ja streng genommen 43 %[32]) der auf Grundlage eines ziemlich analogen Verfahrens ihm zugekommenen Anzeigen ablehnt? und daß unter den von

---

31) A. a. O. S. 274.

32) *Nämlich* mit Hinzurechnung der 23 % betragenden *Verweisungen* vor Untergerichte.

diesem Angeklagten nur 8—10% Unschuldige sich befinden, während durchschnittlich 16⅔% der von der Grand Jury bestätigten Anklagen verworfen werden? — In neuerer Zeit zeigt sich die Anklagejury noch weniger strenge: so wurden in London

im Jahre 1845	von 2817	Anklagen	175
— — 1846	— 2735	—	116
— — 1847	— 3312	—	256,

also durchschnittlich 5—6% zurückgewiesen[33]); 1849 wurden in London und Middlesex von 3861 Anklagen 135 verworfen[34]), also nur 3 1/7 %. Freilich zeigt sich in den Grafschaften im Ganzen mehr Eifer, da in demselben Jahre in ganz England von 27,816 Anklagen 1636 (6⅔%) beseitiget wurden.

Trotz alledem ist an die Aufhebung der Anklagejury in England nicht zu denken; denn wenn sie auch zunächst ihre Aufgabe nicht allzu scharf faßt, und im Vertrauen auf die Pflichttreue der kleinen Jury mit ihrer eigenen Pflicht es nicht allzu genau nimmt; so ist doch schon ihr bloßes Bestehen hinreichend, eine Menge unnöthiger oder böswilliger Anklagen hintanzuhalten; und namentlich in politischer Beziehung dient schon ihr Vorhandenseyn zu großer Beruhigung. Wir lassen es dahin gestellt seyn, ob die politische Stellung der Grand Jury sich so genau bezeichnen lasse, wie es Gundermann[35]) thut. „Der König wird nach englischem Rechte als einziger Ankläger betrachtet", was „freilich nicht anders zu verstehen, als der Satz: daß der König der einzige Gesetzgeber sey. Wie hier an die Zustimmung des Parlaments, so ist er dort an das Verdict der rügenden patria gebunden." Es ist nicht zu übersehen, daß durch die Zulassung der Informationen in dies Prin-

---

33) Zeitschrift für Gesetzgebung des Auslandes, Bd XXI. S. 328.
34) Mittermaier a. a. O. S. 288.
35) Einstimmigkeit der Jury, S. 170.

ciy eine gewaltige Bresche geschossen wäre. Fürs erste aber steht so viel zur allgemeinen Beruhigung fest, daß die Regierung die einzige mit ernster Strafe bedrohende Anklage, die in der That von ihren eigenen Organen ausgeht, die Anklage auf Hochverrath, nur mit Zustimmung einer Grand Jury einbringen könne. Eben der Umstand, daß die Pflichten der Anklagegeschwornen bei weitem nicht so klar bezeichnet sind, wie die der Urtheilsgeschwornen, würde es möglich machen, daß selbst an sich nicht ganz ungegründete Anklagen verworfen würden, sobald gegründeter Verdacht obwaltete, daß die Regierung bei deren Anstellung ein gewisses, den Zwecken der Rechtspflege fremdes System befolge, oder sobald irgend eine Unbilligkeit mit der Anklage verbunden wäre. Wenigstens würde ein solcher Ausspruch der Anklagejury weniger Aergerniß geben, als gewisse aus ähnlichen Erwägungen hervorgegangene französische Wahrsprüche. (Wir erinnern nur an die Freisprechung der Mitschuldigen Louis Napoleon Bonapartes). Indeß hat auch in dieser Beziehung das bloße Vorhandenseyn der Grand Jury schon vorbeugend gewirkt; Tendenzprocesse sind in England immer äußerst selten gewesen, und so gehört denn auch wenigstens der politisch einflußreichste Ausspruch einer englischen Jury einer Urtheilsjury an; — es ist das Verdict in dem berühmten Bischofsprocesse unter Jacob II.[36]). So lange ferner noch der König, der That und nicht bloß dem Namen nach, der einzige Ankläger ist, so lange nicht wirklich alle Anklagen von Staatsbeamteten ausgehen, ist nach dem, was früher gesagt wurde, die Anklagejury durchaus unentbehrlich; und es scheint, daß man in England die Gefahren und Unannehmlichkeiten, die mit der Aufstellung so vieler und so einflußreicher Beamteten nothwendig ver-

---

36) Macaulay, History of England Ch. VIII. (Leipzig *1849)* v. *III.* p. 189 sq.

knüpft sind, höher anschlägt, als die von niemand geläugneten Uebelstände des jetzigen Systems, welches es bei vielen Verbrechen doch mehr oder weniger vom Zufall abhängen läßt, ob eine Anklage anzustellen sey oder nicht, während in anderen Fällen ebenfalls der Zufall darüber entscheidet, wem das Recht oder die Pflicht, anzuklagen, übertragen werden soll, und nicht selten der durch ein Verbrechen Verletzte gezwungen wird, nebst dem ihm zugefügten Schaden die Mühen und Gefahren einer Criminalanklage zu tragen.

(Schluß im nächsten Hefte.)

VII.

Ueber die Gränze zwischen Diebstahl und Selbsthülfe.

Von
Herrn Dr. C. Brackenhoeft,
Privatdocenten in Heidelberg.

§. 1.

Wird Selbsthülfe [1]) durch Angriffe auf fremden Besitz beweglicher körperlicher Dinge verübt [2]), so hat ihre Begehung mit der Begehung eines Diebstahls, oder (bei s. g. qualificirter Selbsthülfe) beziehungsweise eines Raubes, eine so große Aehnlichkeit, daß die Verschiedenheit beider Thatbestände einzig und allein von der Meinung des Thäters über sein Recht abzuhängen scheint; und zwar nicht über sein Recht zu der Handlung, sondern über sein Recht an dem Gegenstande, oder auf den Gegenstand, seiner Handlung und des fremden Besitzes. Die Schwierigkeit, welche die Ermittelung der Meinung des Thäters über sein Recht haben kann, ist zwar Sache des Beweises; und wenn die Begehung in einer Weise geschieht, welche die Absicht an den Tag legt, dem Einspruche eines Berechtigten gegen die aneignende Handlung auszuweichen, so wird der Thäter schon den Beweis gegen sich haben, daß ihm diese

---

1) Oder besser: Selbhülfe. Denn selber hilft man sich durch sie, und nicht selbst oder: sogar.

2) Was denn von Seiten eines Detentor freilich nicht möglich ist, da die zur Selbhülfe erforderliche Meinung des Rechts *mit der Absicht* alieno nomine zu detiniren unvereinbarlich ist.

Meinung fehlte [3]). Allein wenn es umgekehrt erwiesen ist, daß der Thäter, in der Meinung ein Recht an jenem Gegenstande oder auf denselben zu haben, den Angriff auf den fremden Besitz unternahm; wenn also die Voraussetzungen der Selbhülfe gegeben erscheinen, so läßt sich doch noch immer die Frage denken: ob nicht ein *animus lucri faciendi* vorhanden gewesen sey, welcher die That zum Diebstahl qualificire? wenn ungeachtet jener Meinung des Thäters von seinem Rechte ein animus lucri faciendi solcher Art bei ihm möglich ist, wie der Diebstahl ihn erfordert. Man muß diese Frage schon gradezu bejahen, wenn man mit dem animus lucri faciendi den animus rem sibi habendi für gleichbedeutend hält [4]). Denn der animus rem sibi habendi, die Absicht, die Wirksamkeit [5]) eines Rechts in Ansehung seines Gegenstandes [6]) für sich in's Daseyn zu rufen, muß doch nothwendig mit einer Selbhülfe immer verbunden seyn, da das Daseyn jenes Rechts, oder die Meinung von jenem Daseyn, zwar für

---

3) So ganz gleichgültig ist die Heimlichkeit der Verübung doch nicht, wie man neuerdings will, z. B. Wächter in Weiske's Rechtslex. III. S. 295. Auf Heimlichkeit deuten hin: L. 1. pr. D. de furt. 47. 2. „Furtum . . . dictum Labeo ait, quod clam et obscure fiat"; Sächs. Ldr. III. 89. . . „halt he it denne in deme wann dat it sine si unverholen. . . mach man's wol under inne beklagen; düve aver unde roves, of man inne des schüldiget dar an, des untscüldeget he sit uppe'n hilgen." . . Für das ältere deutsche Recht nimmt Heimlichkeit als Merkmal an: Cropp in Hudtwalckers und Trummers crim. Beitr. II. S. 10 ff.; auch Göschen: die Goslarschen Stat. S. 308. 319..

4) So Häberlin Grunds. d. Crim. R. IV. S. 6 ff.

5) Nicht die Verwirklichung, nämlich die Begründung des Rechtsverhältnisses.

6) D. h. des Stoffes, der dem Berechtigten nicht als Stoff, d. h. bloß als Mittel für gewisse Zwecke, sondern als ein abgeschlossener und ausschließender Rechtskreis unterworfen ist: meine *Grundlagen des gem. deutsch.* Rechts S. 2.

jenen animus gleichgültig ist [7]), aber doch keinesweges ihn ausschließen kann. Allein auch die Absicht, etwas anderes, als bloß jene Art der Wirksamkeit des vermeinten Rechts, den unmittelbaren Gegenstand der richterlichen Amtsverwaltung [8]), durch die That zu gewinnen, läßt sich bei der Selbhülfe immerhin denken. Sie kann das einzige Mittel seyn, um den Besitz des Gegenstandes des wirklichen oder des vermeintlichen Rechts so zeitig zu erlangen, um ihn mit Gewinn verwerthen zu können. Ja es kann die Herstellung der Wirksamkeit des Rechts durch die Selbhülfe selber ein Gewinn seyn, der dem Erwerbe des Rechts gleichsteht, wenn der prozessualische Vortheil des Besitzes in Ermangelung anderer Beweise das einzige Mittel ist, sie zu erlangen, und der Mangel des Beweises der Selbhülfe und der daraus entspringenden Fehlerhaftigkeit des Besitzes den Gegner außer Stand setzen wird, dem Urheber der Selbhülfe jenen prozessualischen Vortheil zu entziehen. Diese Folge setzt aber voraus, daß der Act der Selbhülfe verborgen wird, und die Selbhülfe wird durch dieses Verbergen ein Mittel, einem Gegner das Mittel zur rechtlichen Erhaltung der Benutzung eines Rechtsstoffes [9]) zu entziehen. Und wenn man dieses Mittel, in

---

7) Er braucht nicht auf den Rechtsbegriff des Eigenthums gerichtet zu seyn, wie v. Savigny in der Lehre vom Besitze es ausdrückt. Jedoch ist diese Bezeichnung nicht ganz treffend.

8) Nämlich die Administration der Justiz überhaupt, als Regierungsinstitut, verschieden von der Richterfunction in einem einzelnen Prozesse (m Erörter. zu Linde's Lehrb. d. Proz. S. 270. 271), welche nur als Mittel zu jener Administration dient und unmittelbar die prozessualischen Befugnisse der Partheien zum Gegenstande hat. Die daraus hervorgehende Doppelstellung des Richters bestreitet indeß v. Linde: Arch. für civ. Pr. XXVI. S. 44 45.

9) Nicht eines Rechtsgegenstandes (oben Not. 6), indem mittelst des richterlichen Schutzes (oben Not. 8), nicht die Verwirklichung eines Rechtsverhältnisses (oben Not 5.), sondern nur die Wirksamkeit eines solchen (oben Not. 8), erlangt werden *kann*; die nur Verwirklichung eines Zustandes ist: m. Grundl. *d. gem. d. R. S. 2 f. S. 5 ff.*

germanischer Auffassung den gewerenden Zustand [10]), mit dem Rechte selber indentificirt, so ist die Entziehung eines solchen Zustandes immer eine Entziehung eines Gutes, oder eine Aneignung fremden Gutes, gleichviel in welcher Meinung sie vorgenommen wird. Dann liegt in einer solchen Entziehung auch immer die Verwirklichung eines animus lucri faciendi, und es ist dann kein Unterschied zwischen diesem und dem animus rem sibi habendi, und nuch kein Unterschied zwischen Diebstahl und Selbhülfe, wenn er nicht in einem andern Momente, als in dem animus, gefunden werden kann.

§. 2.

Man könnte indeß der Ansicht seyn, daß die eben beseitigte Unterscheidung dann, wenn man jene Identität des Rechts und des gewerenden Zustandes aufgebe, sich dadurch ermitteln lasse, daß bei dem Diebstahl die Absicht auf einen unrechtmäßigen [1]) Gewinn, gerichtet seyn müsse, bei der Selbhülfe aber das Merkmal der Unrechtmäßigkeit fehle. Und wenn man diese Vermittlung für unzureichend erachten wollte, weil ja ein Gewinn, der durch Selbhülfe verwirklicht werde, vermöge des Verbotes der Selbhülfe ein unrechtmäßiger sey; so ließe sich darauf wieder antworten: daß hier eine solche Unrechtmäßigkeit gemeint sey, die auch abgesehen von der besondern Strafsanction, welche durch die Handlung übertreten sey, sich als eine unrechtmäßige darstelle. Dann entsteht aber wiederum die Frage: wie denn eine Absicht zu gewinnen ohne eine solche Strafsanction unrechtmäßig seyn könne? So lange man eine solche Absicht an und für sich nicht als etwas unrechtmäßiges nachweisen könnte, würde man auf die Begriffsbestimmung

10) Der die Befugniß gewährt, erhobene Ansprüche anderer mit Eid (vergl. Sächs. Ldr. a a. O. oben Not. 3) abzuwehren: m. Grundl. d. g. d. R. S. 133.

1) So Bad. Strafgesetzbuch §. 376.

verwiesen seyn, daß Diebstahl und Selbhülfe durch Angriffe der fraglichen Art sich dadurch von einander unterscheiden, daß jener Gewinn, diese Geltendmachung eines Rechts bezwecke. So unterscheidet auch das Badische Strafgesetzbuch §. 279 und 276; nur mit der Abweichung, daß es die Unrechtmäßigkeit des Gewinnes zum Erfordernisse des Diebstahls macht; ein Erforderniß, welches aber mit gleichem Fuge für die Geltendmachung eines Rechts gefordert wird, damit sie eine Strafe begründe, so lange nicht nachgewiesen wird, daß Unrechtmäßigkeit beim Diebstahl schon aus der Beschaffenheit der Handlung folge, bei der Selbhülfe aber auch ohne Unrechtmäßigkeit Strafbarkeit begründet sey. Und wollte man sagen: die Verschiedenheit liege darin, daß der Diebstahl mit einer wahren rationalen Rechtsnorm [2]) in Widerstreit [3]) trete und deshalb sich als unrechtmäßig im wahren Sinne darstelle, die Selbhülfe aber nur einen gewerenden Zustand angreife, und daher nicht im wahren Sinne unrechtmäßig sey, so wird es sehr fraglich, ob denn auch die neuere strafrechtliche Ansicht auf einer solchen Unterscheidung beruhe. Denn bald legen sie der Selbhülfe gleichen verbrecherischen Character bei, wie dem Diebstahl, und betrachten sie dann als Vergehen gegen die richterliche Gewalt [4]), bald aber fassen sie die Selbhülfe nur als Verletzung von Privatrechten auf [5]). Als Gegenstand der zum Diebstahl erforderlichen Absicht erscheint indeß immer die Bereicherung, die bald dahin gehen soll, Eigenthum zu haben [6]), bald dahin, einen Gewinn zu

---

2) Meine Grundl. d. g. d. R. S. 4 ff.

3) Dies. Arch. Jahrg. 1840. S. 410.

4) Würtemberg, Bayern, Braunschweig, Oldenburg: Häberlin a. a. O. II. S. 214 ff.

5) Darmstadt, Baden, Sachsen: ebendas.

6) Oestreich, Darmstadt, Bayern, Braunschweig, Oldenburg: Häberlin a. a. O. IV. S. 6. ff.

erlangen [7]). Der Bedeutung der Absicht, sich zu bereichern, nämlich irgend einen Vortheil für den Verkehr mit anderen zu erlangen, wird sich daher die Untersuchung zunächst zuwenden müssen.

§. 3.

Die Möglichkeit jener Absicht bei Entziehung eines Gegenstandes setzt einen Werth desselben voraus, weil der Werth eben dasjenige ist, worauf sich der Vortheil für den Verkehr mit anderen gründet. Die Frage über den Werth ist aber anderer Natur, wenn man einen Gegenstand als Rechtsgegenstand, und von einer andern, wenn man ihn als Gegenstand einer Handlung, nämlich als Mittel für Zwecke oder Stoff einer Berechtigung auffaßt. Es giebt keinen Gegenstand, durch dessen Gebrauch nicht unter diesen oder jenen Umständen irgend ein Vortheil erlangt werden könnte. Und da ein dauerndes der Idee nach ewiges Angeeignetseyn es ist, was einen Gegenstand zum Rechtsgegenstande macht [1]), so kann eine vorübergehende Unmöglichkeit, von ihm einen vortheilhaften Gebrauch zu machen, keinen Einfluß auf seinen Werth üben. Der Werth eines Rechtsgegenstandes als eines solchen ist aber auch eben daher unschätzbar, weil er an keinen bestimmten Zeitpunkt geknüpft ist, und der Werthbetrag sich mit der Zeit, d. h. mit den Umständen, welche die Zeit mit sich führt, verändert. Wo also ein Gegenstand als Rechtsgegenstand behandelt wird, d. h. wo es sich nur um das Verhältniß eines Trägers des Rechts, dem der Gegenstand unterworfen ist, zu diesem, handelt, wie dies beim animus rem sibi habendi der Fall ist [2]); da muß der Werth vollkommen gleichgül-

---

7) Baden, Sachsen: Häberlin a. a. O. IV. S. 6 ff.

1) M. Grundl. d. g. d. R. S. 2. 33.

2) Denn ist er auch nicht nothwendig auf den Rechtsbegriff gerichtet, d. h. erfordert er auch nicht die Meinung des Rechts

tig seyn[3]). Sofern nun dieses Verhältniß in Frage steht, kann von einem animus lucri faciendi in rechtlicher Bedeutung nur die Rede seyn, wenn es sich um einen neuen Rechtserwerb, oder, was dasselbe ist, um den Erwerb eines neuen Rechtsgegenstandes, handelt, und man ihn mit dem animus rem sibi habendi identisch betrachtet. Darum handelt es sich aber beim Diebstahl, wenn man auf dessen unmittelbare Folge sieht, nie, weil der Dieb durch den Diebstahl das gestohlene Gut rechtlich nicht erwirbt. Bestände also der hier erforderliche animus lucri faciendi in der Absicht, einen neuen Rechtserwerb zu machen, so würde der Diebstahl immer die Meinung des Urhebers[4]) voraussetzen, daß er sich das gestohlene Gut erwerbe. Der Diebstahl würde also immer die irrige Meinung seines Urhebers erfordern, daß der Diebstahl eben nichts anderes sey, als ein vereinfachter einseitiger Rechtserwerb an fremdem Gute. Es versteht sich aber, daß zum Thatbestande eines Verbrechens nicht Irrthum über dessen rechtliche Folgen gehören kann. Der animus lucri faciendi, den der Diebstahl voraussetzt, kann also auch nicht durch die Richtung auf jenen unschätzbaren Werth des Rechtsgegenstandes bedingt und von ihm abhängig seyn. Es kann für das Daseyn desselben vielmehr nur auf den relativen schätzbaren Werth ankommen, den der Gegenstand als Gegenstand der Besitzentziehung, als Stoff oder als Mittel für Zwecke hat, und der

---

(oben §. 1. Not. 7), so muß er doch nach der römischen Rechtsbildung, in welcher wir ihn finden, auf einen Rechtsgegenstand gerichtet seyn, weshalb er denn auch als der animus domini bezeichnet wird. Es hängt die Entwickelung dieser römischen Anschauung mit dem Einflusse des Formelprozesses zusammen, worüber das Nähere einem andern Orte vorbehalten bleiben muß.

3) Auch das Daseyn eines Interesse ist gleichgültig für das Daseyn eines Rechts, und kommt nur für die Zuständigkeit einer Klage in Frage.

4) Der Thäter ist der eigentliche Urheber. A. M. Zachariä in dies. Arch. Jahrg. 1850. S. 271.

mit den Zeitumständen wechselt. Es ist dieser Werth nicht sowohl der Werth des gestohlenen Gegenstandes, als vielmehr der gebrauchenden Handlung, welche mittelst des Diebstahls vorgenommen wird. Hat auch der entwendete Gegenstand jenen absoluten unschätzbaren Werth des Rechtsgegenstandes, kann aber mit der gebrauchenden Handlung überall keine Werthaneignung erreicht werden, so fehlt es auch an der Voraussetzung für das Daseyn des animus lucri faciendi; und es könnte ein solcher animus nur als Folge eines Irrthums gedacht werden, und nicht geeignet seyn, die Entziehung zu einem Diebstahl zu qualificiren [5]. Wer heut zu Tage ein Schwefelholz oder eine Stecknadel entwendete, in der Meinung, daß er sie für einen Preis verkaufen könne, würde einen Gegenstand zum Gegenstande eines Diebstahls gemacht haben, an dem dermalen kein Diebstahl möglich wäre. Selbst wenn er die Entwendung in der Absicht vorgenommen hätte, um durch andere gleiche Entwendungen eine verwerthbare Quantität solcher Gegenstände zu erlangen, würde er keinen Diebstahl begangen haben; es sey denn, daß die einzelne Entwendung nur einen Bestandtheil einer planmäßigen Entwendung der ververwerthbaren Quantität bildete. Denn ist letzteres nicht der Fall, so kann der Gewinn erst durch ein zersetzendes [6] Ansammeln vermittelt werden, das die Gegenstände, obgleich sie als Rechtsgegenstände dieselben bleiben, in einen andern Stoff verwandelt, und als einen andern Stoff in den Verkehr einführt; so daß das Mittel zum Gewinn ein anderes ist, als der gestohlene Gegenstand. Dahingegen leidet es keinen Zweifel, daß man durch Entziehung eines Schwefelholzes oder einer Stecknadel, an denen man

---

5) Ueber das Erforderniß eines Werthes s. Thilo: Strafges. f. Baden mit Motiven S. 321.

6) Im Zusammensetzen wird das einzelne Stück zersetzt. Das ist Consumtion, nicht Specification.

Eigenthum zu haben vermeint, eine Selbhülfe begeht, wenn man die Entziehung wider den Willen des Besitzers vornimmt. In sofern nun die Strafe der Selbhülfe in einer Entrichtung eines Einfachen oder Mehrfachen des relativen Werthes der gebrauchenden Handlung, des dermaligen Stoffwerthes, des Gebrauchs=, oder Tausch=, oder Verkehrswerthes, besteht, wird sie freilich in einem derartigen Falle auf nichts reducirt. Allein sonst ist dies anders; und nach Bad. Strafgesetzb. §. 279 würde eine Selbhülfe an einem solchen Gegenstande eine Geldstrafe bis zu 150 Gulden nach sich ziehen können.

§. 4.

Unterscheidet man zwischen einem factischen und einem rechtlichen Erwerbe, oder zwischen der bloßen Herstellung der Wirksamkeit eines Rechts getrennt von dessen Verwirklichung gedacht, und dessen Verwirklichung; so gehört die Verwirklichung des Werthes eines Gegenstandes eben so, wie die Selbhülfe, in das erste Gebiet. In der Ausführung dieser verschiedenen Thätigkeit ist aber der factische Erwerb von dem rechtlichen nur dann unabhängig, wenn der rechtliche Erwerb ihm vorhergegangen ist. Ist dies nicht der Fall, so kann der factische Erwerb nur dadurch vermittelt werden, daß an die Stelle des Rechts, welches durch den rechtlichen Erwerb verwirklicht werden können und sollen, eine Erscheinung des Rechts, nämlich ein bloßer Zustand, der die Gestaltung des Rechts annimmt, gesetzt wird. Es muß die Herstellung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses durch die Verwirklichung eines Zustandes vertreten, und demnach der factische Erwerb durch eine Vertauschung von Recht und Zustand vermittelt werden. Durch die Richtung der Absicht auf eine solche Vertauschung unterscheidet der römische Diebstahl sich von der Selbhülfe; und in dieser Auffassung gestaltet sich der animus lucri *faciendi zu einem* widerrechtlichen animus *furandi*. Eine

solche Vertauschung kann aber von rechtlicher Bedeutung, und im Rechtssinne möglich, nur dann seyn, wenn es eine Verschiedenheit zwischen Rechtsverhältnissen und Zuständen giebt. Im germanischen Rechte, wo nur durch Gewerung geschützte Zustände bestehen [1]), ist nur eine Vertauschung der Gewerung oder des gewerenden Zustandes als Aequipollenz der Vertauschung von Recht und Zustand möglich. Vertauschung eines gewerenden Zustandes ist aber nur zu vermitteln durch eine Entziehung eines solchen Zustandes gegen andere, und eine solche Vertauschung tritt auch bei der Selbhülfe ein [2]). Kann demnach der animus keine Gränze zwischen Diebstahl und Selbhülfe ziehen [2]), so kann andererseits auch wiederum jener animus furandi der Römer zur Ausführung nur gebracht werden in demjenigen Gebiete, in welchem die Herstellung der Wirksamkeit eines Rechts wiederum mit einer Verwirklichung sich identificirt. Dieses Gebiet ist das der Verwirklichung des Werthes eines Gegenstandes, dasjenige in dem der Gegenstand als Stoff behandelt wird; eine Behandlung die als der Gebrauch eines Mittels für Zwecke immer nur Verwirklichung eines Zustandes ist, und zwar des Zustandes des verwerthenden Verkehrsgenossen zur Verkehrsgenossenschaft. Die Bedeutung, welche die Besitzentziehung für dieses Gebiet hat, muß über die Möglichkeit des animus furandi entscheiden; die dann gegeben ist, wenn sie sich zum Mittel einer Werthsverwirklichung gestaltet, die nicht ebenfalls eine Herstellung der Wirksamkeit eines verwirklichten Rechtsverhältnisses, und durch dessen Verwirklichung von dieser, dem rechtlichen Erwerbe, unabhängig geworden ist. Damit der den animus furandi bedingende animus lucri faciendi möglich sey, ist es erforderlich, daß der Gegenstand als Stoff

1) M. Grundl. d. g. d. R. S. 7. S. 18 ff. S. 121 ff.

2) Oben §. 1. bei Not. 10.

einen Werth habe vom einheitlichen Gesichtspunkte der Gesammtheit der Verkehrsgenossen aus, d. h. dem Gesichtspunkte derjenigen, die zur Vermittlung der Befriedigung der Bedürfnisse des Lebens mit einander in gewerbliche Beziehung zu treten veranlaßt sind. Die ideelle Gesammtheit des Verkehrs- oder Tauschwerthes aller Stoffe, der auf ihrem Gebrauchswerthe beruht, welcher letzterer wiederum von dem Bedürfnisse abhängt, gehört allen Verkehrsgenossen. Was aber allen gehört, das gehört keinem; aber jeder ist befugt einen Antheil daran mit den dazu rechtlich geeigneten Mitteln sich anzueignen und dadurch Gewinn zu erwerben. Dieser Erwerb ist nichts anderes als eine Ausdehnung des Antheils des Erwerbers an jenem Gesammtwerthe, und dieser Antheil ist rechtlich gränzenlos, so daß es keine Ausdehnung desselben giebt, die eine rechtliche Gränze überschreiten könnte. In diesem Gebiete ist die Uebervortheilung, das circumvenire, rechtmäßig; es gilt hier ein Recht der Eroberung mit der Waffe der Verschlagenheit. Die Stoffe, welche hier durch ein einzelnes Geschäft gegen einander umgesetzt werden, haben für dieses Geschäft unter dessen Urhebern einen und denselben, nämlich den unter ihnen verabredeten, Werth, welcher dem Marktpreise äquipollent ist, gleichviel ob er mehr oder weniger beträgt. Setzt jemand 1 Malter Getreide gegen 20 Guldenstücke um, während der allgemeine Marktpreis 10 Gulden beträgt, so ist in der Sphäre dieses Geschäfts entweder der Marktpreis des Getreide 20 Gulden für den Malter gewesen, oder die 20 Guldenstücke haben nur den Courswerth von 10 Gulden Nominalwerth gehabt. Welche diese beiden Alternativen man annimmt, ist ganz gleichgültig, sobald einmal der Courswerth als ein Geldwerth gilt. Erkennt man dahingegen nur den Nominalwerth, nämlich den gesetzlichen Werth, als den Geldwerth an, so ist man freilich auf die erste Alternative *beschränkt*; und diese Beschränkung allein läßt die Er-

kennbarkeit einer Uebervortheilung übrig, da, so lange beide Alternativen neben einander stehen, es überall keine Verschiedenheit des Werthes geben kann; und die Aequipollenz des Courswerthes mit dem Geldwerthe nothwendig beide Alternativen neben einander aufrecht erhält, weil es keinen Courswerth ohne einen von ihm verschiedenen Nominalwerth geben kann, der sein Maaß bestimmt.

§. 5.

Man darf sich dadurch nicht irre machen lassen, daß die römische emtio venditio in einer andern Gestalt auftritt, als jener Stoffumsatz; da ihre Verschiedenheit von diesem auf einem geschichtlichen Grunde beruht. Das Mittel zur Begründung der römischen emtio venditio war ursprünglich das nexum, welches die mancipatio begleitete[1]). Im nexum war die Verhaftung für das habere licere, die Auctorschaft, welche der Verkäufer dem Käufer gegen den Preis, gegen einen Nominalwerth[2]), auswechselte, als ein Antheil an seiner pecunia[3]), Geldwerth und dem Preise rechtlich äquivalent. Als mit dem Untergange des alten commercium juris civilis und des nexum jene Verhaftung diese Eigenschaft verlor, und nur als Unterwürfigkeit des Verhafteten unter den Executionszwang da stand, welche die Verbindlichkeit zur Bewirkung des habere licere trug, wurden die beiderseitigen Leistungen ungleicher Natur. Während ursprünglich der Kauf von einer Tauschberedung sich dadurch unterschied, daß Werth gegen Werth, nicht Stoff gegen Stoff oder Gegenstand gegen Gegenstand[4]) umgesetzt

1) Mein Aufs. im Arch. f. civ. Praxis XXXIII. No. XVI. §. 9.

2) L. 1. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. . . „materia *forma publica* percussa."

3) M. Aufs. im Arch. f. civ. Pr. a. a. O. §. 6 ff.

4) Nicht pretium gegen pretium, wie v. d. Pfordten Abhandl. aus dem Pand. Rechte S. 251 es auffaßt.

wurde, bestand jetzt das unterscheidende Merkmal des Kaufes darin, daß Verbindlichkeit gegen Werth übernommen und gegeben wurde. Und sollte diese Verschiedenheit auch bei Fungibilien festgehalten werden, so mußte der Preis immer nomineller gesetzlicher Werth seyn; weil im Courswerthe die Münze ebenfalls nur eine Fungibilie ist. Diese Art des Umsatzes, die den eigentlichen Handelsverkehr bildet, umgeht die römische Rechtsbildung gänzlich, da ihr Tausch vielmehr Umsatz von Gegenstand gegen Gegenstand, oder, was eben so viel sagt, von Eigenthum gegen Eigenthum, ist[5]). Jene Ungleichheit der jeseitigen Leistung bei der emtio venditio machte denn auch ein rechtliches Mißverhältniß zwischen beiden Leistungen möglich, und bahnte den Weg dazu, dem Verkäufer im Falle einer laesio ultra dimidium durch Rescission seiner Verhaftung auf den Grund der Ungültigkeit seiner Verbindlichkeit zu helfen. Daß aber das römische Recht auch dem Verkäufer eine solche rechtliche Gränze für den Betrag des Kaufpreises gezogen und dem Käufer Hülfe geleistet hätte, wenn er zu viel versprochen oder gegeben, dafür findet sich, vom Falle des dolus abgesehen[6]), kein Zeugniß. Dem Verkäufer ist das circumvenire gradezu erlaubt; sofern er sich als Mittel dazu keiner Entstellung[7]) bedient, darf er sich so viel Geldwerth für seine Verhaftung durch

---

5) Der römische Tausch setzt bekanntlich Eigenthum beider Theile voraus. Und er erfordert diese Voraussetzung, um ein Contract seyn zu können. Denn da kein Theil einen Preis für ein Bewirken eines habere licere empfängt, so ist eine Verbindlichkeit dazu, sofern sie übernommen ist, eine causa übernommen, und wer kein Eigenthum gegen das von ihm gegebene Eigenthum wieder empfangen hat, der hat gar keinen klagbaren Anspruch auf eine Gegenleistung bekommen. Man könnte ihm einen solchen nur verschaffen durch ein Verwandeln seiner Eigenthumsabtretung in das Geben eines Preises. Das römische Recht giebt als Aequivalent dafür eine in factum actio: L. 1. §. 2. D. de rer. perm. 19. 4.

6) *Paul:* R. S. II. 12. §. 6. L. 13. §. 4. D. de act. emti 19. 1.

7) Dieses Archiv Jahrg. 1848. S. 238 ff.

das Geschäft eringen, als er bekommen kann. Nur der Käufer ist durch die Vorschrift gebunden, daß ein justum pretium gegeben werden müsse, und es ist dies erforderlich, damit die Verbindlichkeit des Verkäufers gültig sey[8]). Denn in so weit als er diese Verbindlichkeit ohne ein pretium übernahm, welches ihren Werth deckt, hat er keine Gegenleistung empfangen; während da, wo nur irgend eine Gegenleistung für das pretium bedungen ist, dieses zu keinem Theile ohne Gegenleistung seyn kann, weil die Festsetzung des pretium eben nur eine Schätzung der Gegenleistung von Seiten des Käufers ist.

§. 6.

Der Verkäufer kann aber durch die Verwerthung selber, die er mittelst des Kaufgeschäfts bewirkt, eine Vertauschung des Rechts mit einem Zustande, oder eines gewerenden Zustandes in rechtswidriger Weise nie begehen[1]). Denn den Character der Rechtswidrigkeit erlangt diese Vertauschung nur durch das Umgehen des rechtlichen Erwerbes bei der Ausführung des factischen Erwerbes; nämlich des-

8) Oben Not. 5.

1) Sie kann aber durch eine solche Vertauschung vermittelt werden, oder in ihren Folgen dahin führen, wenn das Mittel oder die Folgen darin bestehen, einem andern ein Mittel für Zwecke zu entziehen, während die Entziehung eines fremden Rechtsgegenstandes als solchen gegen dessen Eigenthümer eine Unmöglichkeit ist, da er der Entziehung ungeachtet Eigenthümer bleibt. Daher begeht der Verpfänder, welcher das bewegliche Pfandgut einem Dritten verkauft, ein furtum: L. 19. §. 6. L. 66. pr. D. de furtis 47. 2. Denn er giebt seiner Verhaftung als Auctor, die dem Pfandgläubiger als Mittel für die Sicherheit seiner Forderung dient, an einen andern. Es ist hier eine Vertauschung in Ansehung des gewerenden Zustandes gegeben. Bei dem Verkaufe eines fremden Rechtsgegenstandes findet eine solche Vertauschung nicht statt. Sie kann in Ansehung eines solchen nur durch eine Entziehung der Detention vermittelt werden, deren es bei jenem Verkaufe des Pfandgutes überall nicht bedarf, um ein furtum herbeizuführen: L. 19. §. 6. L. 66. pr. D. cit.

jenigen rechtlichen Erwerbes, der die Rechtmäßigkeit des factischen bedingt, oder durch das beabsichtigte Umgehen der rechtlichen Voraussetzung des letztern. Denn diese Voraussetzung ist hier keine andere, als die Uebernahme der Verhaftung, ohne welche der Verkauf als ein solcher nicht geschlossen werden kann, wenn nicht der, welcher den Erwerb des pretii zu verwirklichen sich anheischig macht, der Käufer, dazu einwilligt. Die Absicht eines solchen Umgehens, welche den Diebstahl bedingt, kann also durch den Verkauf nie verwirklicht werden, und ist ebenfalls bei der Selbhülfe durch die Meinung von dem Daseyn jener rechtlichen Voraussetzung ausgeschlossen, wenn diese Voraussetzung in dem Daseyn eines Rechtsverhältnisses besteht. Besteht sie aber in dem Daseyn eines gewerenden Zustandes, so kann diese Absicht auch bei der Selbhülfe nicht fehlen, weil sie ohne das Vertauschen eines gewerenden Zustandes überall nicht ausführbar ist. Jene Absicht oder deren Mangel hört demnach auf, ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Diebstahl und Selbhülfe zu seyn, wo dieser Fall eintritt. Dieser Fall ist nun im germanischen Rechte gegeben. Die rechtliche Voraussetzung des factischen Erwerbes besteht hier nur darin, daß man den Stoff geweren kann, sey es dadurch, daß man ihn erzeugt zu haben beweiset, oder daß man durch einen Auctor gewert wird[2]). Hier entspricht also dem Unternehmen der Verwirklichung des unerlaubten animus lucri faciendi das Umgehen der Gewerung, sey es nun daß man anderen den gewerenden Zustand entzieht, ohne von ihnen gewert zu werden, oder anderen gegenüber nicht die erforderliche gewerende Thätigkeit äußert, und einer Entwerung von ihrer Seite sich preisgiebt. Denn in dem Kettenverhältnisse einer Organisation von gewerenden Zuständen ist die Entwerung des Habenden, die ohne dessen

2) M. Grundl. d. g. d. R. S. 25. Sächs. Landr. II. 36.

Gewerung geschieht, dem rechtlichen Character nach dem eignen Entwertwerden äquivalent [3]). Der Germane stiehlt grade ebenso, wie der Römer. Aber er steht in einer andern Rechtsorganisation.

§. 7.

Im germanischen Rechte läßt sich da, wo diebische That nicht mit einer Strafe zu Hals und Hand belegt ist, kein Unterscheidungsmerkmal derselben von der Selbhülfe finden. Hierher gehört der Fall, wo es nur Buße und Wette zur Folge hat, nämlich das bloße diebliche Verhalten in Ansehung von gefundenem, zugeflossenem, oder von anderen geraubtem oder gestohlenen, beweglichen Gutes mittelst Unterlassens der rechtsgebräuchlichen Bekanntmachung [1]). Gleiche Folge, wie dieses, hat der Mangel der prozessualischen Gewerung wegen desjenigen beweglichen Gutes, welches man in den Kreis seiner physischen Herrschaft aufgenommen hat [2]), und hält [3]); und die Weigerung jener Gewerung wegen desjenigen beweglichen Gutes, welches man einem andern ohne Erlegung einer Gewerung gegen die Obliegenheit der Gewerung [4]) geständig verkauft hat [5]).

---

3) Weshalb denn auch der Auctor im Zustande der Dieblichkeit sich befindet, wenn er dem Käufer die Pflicht zur Gewerung des beweglichen Gutes erfolglos bestreitet: Sächs. Ldr. III. 4. §. 2. Auf den Verkäufer von unbeweglichem Gute kann das deshalb nicht gehen, weil, soweit er gewerleistungspflichtig ist, der Käufer noch überall keinen gewerenden Zustand erlangt hat, die Weigerung der Gewerung also auf einen solchen auch keinen Einfluß üben kann.

1) Sächs. Ldr. II. 29. 37. §. 1. Vgl. L. Rip. tit. 75.

2) Wenn es so klein ist, daß ihm das Hereinbringen durch andere verborgen geblieben seyn kann, wird durch das Auffinden keine handhafte That hergestellt: Sächs. Ldr. II. 35; wie es sonst unter gewissen Umständen der Fall ist: Sächs. Ldr. II. 36. §. 1. Die Handhaftigkeit scheint aber auch die Folgen des Unterliegens erschwert zu haben: unten Not. 7. —

3) Sächs. Ldr. II. 36. §. 1. 5.

4) Sächs. Ldr. III. 4. §. 2: „he ne hebbe sie utgeseelden mit getüge."

5) Sächs. Ldr. a. a. O. oben §. 6. Not. 3.

Ferner gehört der Fall hierher, wenn der Diebstahl nur eine Strafe zu Haut und Haar zur Folge hat[6]), wie wenn er bei Tage oder durch die Weigerung eines Angesprochenen sich wegen des bei ihm ergriffenen Gutes der prozessualischen Gewerung zu unterwerfen[7]) an einem geringfügigen Gegenstande[8]) von einem Urheber begangen ist, der die vollkommene Befähigung zur prozessualischen Gewerung noch nicht verloren hat[9]). In diesen Fällen läßt sich der Handlung überall kein anderer rechtlich verletzender Character ab-

---

6) Gleich den Fälschungen im Handelsverkehr: dies. Arch. Jahrg. 1848. S. 247.

7) Welche als handhafter Diebstahl behandelt wird: Sächs. Ldr. II. 36. §. 2. Handhafter Diebstahl ist auch dann vorhanden, wenn das gestohlene Gut am 3ten Tage nach der That bei jemandem gefunden wird, der es verheimlicht hat: Sächs. Ldr. II. 36. §. 1; vgl. oben Not. 2. Handhafter Diebstahl scheint aber immer eine Strafe zu Haut und Haar oder deren Ablösen zur Folge gehabt zu haben: Sächs. Ldr. II. 13. §. 1.

8) So 3 Schillinge: L. Sax. tit. 4. Sächs. Ldr. II. 13. §. 1. mit II. 28. §. 3. Wilda Strafr. d. Germanen S. 102; 5 Schillinge: Gosl. St. bei Göschen S. 37.

9) Derjenige, welcher „vorlumde" ist: verm. Ssp. III. 8, 8. bei Böhme, dürfte eben identisch seyn mit dem „verleumbten" Diebe der C. C. C. 162; und er soll, gleich dem der die Zeichen einer Strafe zu Haut und Haar an sich trägt, oder von dem es erwiesen ist, daß er bereits ein Verbrechen begangen, welches mit einer Strafe der gedachten Art belegt ist, wegen jedes eigentlichen Diebstahls mit dem Strange bestraft werden: verm. Ssp. a. a. O. Das Erleiden, so wie das Ablösen des Erleidens einer solchen Strafe mit Geld, zog aber Rechtlosigkeit nach sich, und dieselbe Folge scheint auch den getroffen zu haben, der nur genöthigt worden, Gut herauszugeben, welches als gestohlenes oder geraubtes begründeterweise in Anspruch genommen war, sofern er es heimlich gehalten hatte: Sächs. Ldr. I. 38. §. 65. §. 2 mit II. 36. §. 1. Jedoch mag dieser nur von ihr betroffen seyn, wenn handhafte That vorhanden war: oben Not. 7. Folge der Rechtlosigkeit wegen Verbrechen war auch Verlust der Befähigung zur Gewerung gegen Anklagen mittelst des Reinigungseides, wovon die weitere Folge die war, daß der Ankläger ihn nöthigen konnte, durch den Kampf mit Lohnkämpfern die Entscheidung herbeizuführen: Sächs. Ldr. I. 38. §. 1; II. 13. §. 1; 29; I. 39 mit 48. §. 3. Ein Zusammenhang der Größe der Strafe mit dieser Entscheidungsart ist wenigstens möglich. Unt. Not. 10.

gewinnen, als der des Umgehens der Gewerung, und welche sonstige Absicht oder Meinung dabei zum Grunde liegt, ist rechtlich gradezu gleichgültig. Es frägt sich aber, ob nicht in anderen Fällen, wo der Diebstahl eine Strafe zu Hals und Hand zur Folge hat und in die Categorie des Friedensbruches gehört, eine Unterscheidung desselben von der Selbhülfe möglich sey? Das Zusammenfassen unter den gemeinsamen Begriff des Friedensbruches schließt eine solche Unterscheidung nicht aus, da der Character des Friedensbruches in diesem Sinne, der den Diebstahl umfaßt, in den Rechtsbüchern eine prozessualische Grundlage hat, und diejenigen Verletzungen begreift, wegen welcher der Ankläger dem Angeklagten den Entscheidungskampf anfragen konnte [10]; wiewohl die Handhaftigkeit der That ihm der Nothwendigkeit dazu überhob, da sie ihm den Weg zur Ueberführung mit Eid und Eideshülfe

---

10) Sächs. Ldr. I. 63. §. 1; verm. Ssp. VI. 1. (IV. 21, 3); meine Erört. zu Linde's Lehrb. d. Proz. S. 20. Not. 49. Es setzt das voraus, daß die Anschuldigung auf eine Verletzung geht, die eine Strafe zu Hals oder Hand zur Folge hat: Sächs. Ldr. a. a. O. u. II. 16. §. 5. 6. I. 68. §. 3; verm. Ssp. a. a. O. und III. 4 pr. 1. 10; 6. pr. 1—3. Die Ansicht, daß solche Verbrechen Friedensbrüche seyen, die eine Strafe zu Hals und Hand nach sich ziehen: Wilda a. a. O. S. 284—304; Budde: über Rechtlosigkeit u. s. w. S. 106—115; Hillebrand: Entziehung der bürg. Ehre nach den R. B. d. M. A. S. 2, fällt zwar im Resultate damit zusammen; allein die Art und Weise der Anschuldigung ist es doch, was die Eigenschaft des Friedensbruches zur Verwirklichung erhebt oder eine Gewerung für dieselbe herstellt; und auch bei geringen Verletzungen, z. B. wegen einer Wunde die nur einen Nagel tief oder ein Glied lang ist (verm. Ssp. III. 4 pr.), eine Strafe zu Hals und Hand herbeiführt, worin der Fall des Ergriffenseyns in der Verfassung der Anschuldigung des Friedensbruches gleich steht: Sächs. Landr. I. 68. §. 5; Gosl. Stat. b. Göschen S. 57. Z. 12—14, S. 59. Z. 10, S. 477. Not. 8; verm. Ssp. IV. 18, 2. Auch Zöpfl: Bamb. St. R. S. 108 f., weiset auf einen Zusammenhang der Unterscheidung der Verletzungen mit dem Gerichtsverfahren hin, begründet ihn indeß durch die Verschiedenheit der zuständigen Gerichte.

bahnte[11]). So wie Heimlichkeit der Entziehung eines beweglichen Gutes immer eine Entziehung derjenigen Gewerung ist, welche das Innehaben des Gutes voraussetzt[12]), so kann auch bei anderen Verletzungen die Heimlichkeit eine solche Entziehung mit sich führen. Dies ist der Fall, wenn das Vorbringen des Leichnams des Getödteten vor Gericht, gleich der Handhaftigkeit der That dem Ankläger ein Mittel zu überführenden Gewerung gewährt[13]), und der Thäter den Leichnam durch Verbergen dem Auffinden entzogen hat. Für diesen Fall findet sich zuweilen eine Er-

---

11) Die Handhaftigkeit der That setzt das Ergreifen des Angeschuldigten bei der That unter Schreien des Gerüchtes und die Vornahme der Anklage und des überführenden Schwurs am Tage der That voraus: Sächs. Ldr. I. 66. §. 1; verm. Ssp. III. 4., 1; 5. pr.; 6, 2; Sch. Urth. b. Böhme dipl. Beitr. VI. 142. 123. 124. 144. 134. 138. 139. 143. Das Schreien des Gerüchtes ist ein Anfang der Klage, welches dem Anschuldiger die Nothwendigkeit zu deren Durchführung auferlegt: verm. Ssp. VI. 9. pr. Die Handhaftigkeit verlegt sonach die That gleichsam in das Gericht.

12) Nämlich derjenigen, die oben §. 6. Not. 2. angeführt ist. Fehlt die Heimlichkeit, so ist wenigstens die Möglichkeit offen gelassen, daß durch Handhaftigkeit die Gewerung erhalten bleibt.

13) So wird die Befugniß des Anklägers, welche die Handhaftigkeit der That ihm gewährt, begründet durch das Vorhandenseyn der Spuren des Erschlagenseyns nach 24. fries. Landrechte §. 19; das Vorbringen der manus mortua nach Eisenach. Stadtr. von 1283. §. 11. Dahingegen erscheint es als eine Voraussetzung der Zulässigkeit einer Anklage auf Mord, daß am Tage der That der Leichnam von dem Gerichte beschaut, und wenn die Entscheidung übernächtig wird, ein Zeichen von demselben, so sein Gewand, vor Gericht gebracht worden, nach Bamb. St. R. §. 150—154 mit §. 139. Allein vielleicht bedingt dieser Umstand nur die Befugniß des Anklägers zur Beweisführung: Anh. II. C. §. 27; bei Zöpfl: d. Bamb. St. R. S. 136; und die Nothwendigkeit für den Angeklagten, in deren Ermangelung sich mit Eideshelfern wahren zu müssen: Bamb. St. R. §. 157. Denn daß er im Falle der Abwesenheit des letztern eine Verurtheilung in contumaciam hervorgerufen: Zöpfl a. a. O. S. 137 ff. ist nicht ersichtlich.

höhung des Wergeldes auf den dreifachen Betrag vorgeschrieben [14]).

(Schluß im nächsten Hefte.)

---

14) Lex Rip. tit. 15. L. Sal. em. tit. 43. §. 2. 3., und die correspondirenden Stellen in and. Texten der L. Sal. Auch wird der 9fache Betrag des Antheils des Thäters genannt: L. Fris. tit. 20. §. 2., L. Sax. tit. 2. §. 6. Es ist hier vom verheimlichten Todtschlage (mordridus, mordritus, mordritoton) die Rede. Die L. Sal. ex Cod. Fuld. tit. 44. §. 12 mit §. 11 hat als derartigen Fall die Ersäufung. Nur wenn Handlungen solcher Art die Entziehung einer Gewerung bewirkten, erklärt es sich, daß, wie v. Woringen, Beitr. z. Geschichte d. deutsch. Strafr. S. 67 annimmt, darin eine Vergrößerung der Beleidigung gelegen. Die L. Bajuv. tit. 18. c. d. kennt eine solche Erhöhung für den Fall, wo durch Verbrennen die ordentliche Beerdigung verhindert wird, die ja ebenfalls ein Moment für das Begangenseyn der That herstellte. Auch findet sich diese Erhöhung wo die Tödtung an einem besonders gewerten Orte, so innerhalb des Hofraums (intra septa): L. Angl. tit. 10. §. 7; innerhalb des Hauses collecto contubernio: L. Sal. em. tit. 44. §. 1. 2.; vgl. Wilda a. a. O. S. 616—621; oder im Heere des Königs (in hoste): L. Sal. em. tit. 66. §. 1, L. Rip. tit. 6. §. 1, verübt wird. Nur von diesem Gesichtspunkte aus erscheinen diese Bestimmungen von Bedeutung für den Character des Strafrechts.

Gebauer-Schwetschke'sche Buchdruckerei in Halle.

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben von den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau, J. M. F. Birnbaum in Gießen,
A. W. Heffter in Berlin, Herrmann in Göttingen,
C. J. A. Mittermaier in Heidelberg, H. A. Zachariä in Göttingen.

Jahrgang 1852.
Zweites Stück.

Halle,
C. A. Schwetschke und Sohn.
(M. Bruhn in Schleswig.)
1852.



Inhalt.



VIII.

Das belgische Gesetz vom 18. Februar 1852

über

ttersuchungshaft und Befreiung von der Haft durch Sicherheitsstellung

in Vergleichung

mit den neuesten Gesetzgebungen Deutschlands.

Von

Mittermaier.

(Schluß des Aufsatzes Nr. II. im vorigen Hefte.)

---

eit der Mittheilung des belgischen Entwurfs im vorigen fte ist dieser Entwurf Gegenstand der Berathungen in Kammer der Abgeordneten [1]) und im Senate [2]) gewor- ı, und ist, da die Kammern, die mit unwesentlichen weichungen ihre Zustimmung dem Entwurfe gegeben ten, am 18. Februar 1852 als Gesetz verkündet wor- t. Wir werden die wichtigsten Punkte der Abweichun- ı von dem oben mitgetheilten Entwurfe angeben, ver- ilen aber vorerst bei den einzelnen Hauptfragen, welche dieser Lehre Gegenstand der Berathung werden.

---

1) Annales parlamentaires 1851 — 52 Chambre des Représentants p. 147 — 184.

2) Annales parlamentaires Sénat p. 183, séance du 24. Janvier.

II. Ein Hauptpunkt, der das neue Gesetz beschäftigt, ist die Regelung des sogenannten Verwahrungsbefehls (mandat de depot), dessen Unbestimmtheit in der französischen Gesetzgebung wir bereits oben nachgewiesen haben. Die belgische Commission (Rapport p. 17) gesteht auch, daß diese Art von Befehl in der Rechtsanwendung das regelmäßige Mittel wurde, die Untersuchungshaft zu bewirken, während er der Garantieen beraubt ist, welche der Arrestbefehl (wenigstens einigermaßen) giebt. Das belgische Gesetz bezweckt nun, scharf den Unterschied hervorzuheben, daß der Verhaftsbefehl den Angeschuldigten en état de detention préventive *permanente* stellt, aber daher auch als ein Akt der Strafjustiz, als ein Urtheil nach vorgängigen Anträgen des Staatsanwalts erlassen werden muß, während das mandat de depot nur ein vom Untersuchungsrichter allein ausgehender Akt der gerichtlichen Polizei ist, als provisorisch erscheint und von dem Richter immer wieder zurückgenommen werden kann, aber die ganze Untersuchung hindurch fortwirkt, bis er zurückgenommen ist[3]). — In Bezug auf diese Zurücknahme enthält nun das belgische Gesetz (art. 5. 6) drei Sätze, die eine nähere Prüfung fordern: 1) Der Untersuchungsrichter soll diesen Befehl nur aufheben können,

3) Da wo in Fällen, in denen nur correctionelles Gefängniß dem Vergehen gedroht ist, mandat de depot erlassen wurde, soll nach art. 2 der Befehl nur aufrecht erhalten werden, wenn er binnen 5 Tagen auf den Bericht des Untersuchungsrichters von dem Bezirksgericht bestätigt wurde. In der Commission des Senats (Annales parlament. Senat 9. Janv. 1852. p. 117) wurde angenommen, daß, wenn der Untersuchungsrichter binnen 5 Tagen seinen Bericht nicht erstattet, nicht ohne Weiteres der Angeschuldigte entlassen werden muß, sondern der Director des Gefängnisses die Ordre des Richters abzuwarten hat. Auch hier baut man zuviel auf die Verantwortlichkeit des Richters, die nach der Erfahrung häufig nur auf dem Papiere steht. Die Erklärungen an den Senat vom 28. Janv. (Annales p. 185) sagen nicht recht klar, was geschehen soll.

wenn der Staatsanwalt zustimmt. — Wir wünschen nicht, daß eine solche Ansicht in die künftige Gesetzgebung Deutschlands übergehe. Sie hängt mit französischen Vorstellungen zusammen, nach welchen man der Staatsbehörde eine Stellung giebt, nach welcher sie nicht blos die Bewahrung des öffentlichen Interesse durch Verfolgung der Anklage, sondern auch die amtliche Eigenschaft hat, die gerichtlichen Beamten zu beaufsichtigen, sie zu controliren, und selbst in der Voruntersuchung manche Handlungen vorzunehmen, welche entschieden nur richterliche Akte sind. Man will eine Garantie geben[4]) durch die Controle der Beamten. — Die Commission erklärt daher auch, daß man dem Untersuchungsrichter nicht die Gewalt geben dürfe, selbst die action publique unwirksam zu machen: was aber der Fall sein würde, wenn der Untersuchungsrichter gegen die Meinung desjenigen, dem die Ausübung der action publique zusteht, berechtigt wäre, den Angeschuldigten in Freiheit zu setzen. Wollte man die Aufhebung des Befehls nicht an die Zustimmung des Staatsanwalts binden, so müßte man doch dem Staatsanwalt die Befugniß geben, gegen die Freilassung Opposition einzulegen, welche suspensive Kraft haben müßte; dies aber würde der Schnelligkeit der Untersuchung schaden und Verwickelungen herbeiführen[5]), während der Vor-

---

4) In der Commission des Senats bemerkte man selbst die Härte, die eintreten würde, wenn der Untersuchungsrichter da, wo er nach dem Verhöre die charges insuffisantes findet, sie doch wegen des Widerspruchs des Staatsanwalts nicht fortlassen dürfte; allein die Versicherungen des Maaßes über die eintretende milde Auslegung bewirkte, daß es bei der Fassung des Regierungsentwurfs sein Bewenden behielt (Annales p. 186).

5) In Frankreich wurden bei Gelegenheit der Motion von Roger die Gerichtshöfe und Rechtsfakultäten über die vorliegende Frage befragt; Roger hatte einen ähnlichen Vorschlag, wie die belgische Commission gemacht; der Cassationshof und 15 Appellhöfe und 4 Rechtsfakultäten erklärten sich da-

schlag der Commission das Verfahren sehr vereinfachte. Die vorliegende Frage hängt mit einer andern zusammen, deren Erörterung die Commission (Rapport p. 29) beschäftigte. Es war der Vorschlag gemacht, daß die Erlassung des Vorführungs- und Verwahrungsbefehls von dem Untersuchungsrichter abhängig gemacht, dagegen nur der Rathskammer die Erlassung des Verhaftsbefehls überlassen werden sollte, so daß die Verwahrungsbefehle binnen einer gewissen Frist, wenn sie fortdauern sollten, von der Rathskammer bestätigt sein müßten. Die belgische Commission verwarf diesen Vorschlag, weil dadurch die seit vielen Jahren als so wohlthätig nachgewiesenen Grundlagen der Strafprozeßordnung erschüttert, die Interessen der Repression gefährdet würden, ohne daß der Angeschuldigte Vortheile davon hätte, weil keine Mißbräuche des bisherigen Systems sich ergeben hätten, weil die Mängel des Code verbessert werden könnten, ohne das jetzt zum Grunde liegende System umzustürzen. Wir können das Gewicht dieser Gründe nicht anerkennen und wissen aus der uns bekannten Statistik der Länder, in welchen das französische System besteht, welche schwere Klagen sich erheben. Wir wollen uns auf England nicht berufen, weil so viele Personen, die das englische Recht gar nicht kennen, sich einbilden, daß es nicht die nöthige Kraft der Repression der bürgerlichen Gesellschaft gewährt. In Bezug auf Deutschland aber hat Niemand noch behauptet, daß unsere Untersuchungsbeamten zu wenig Gewalt haben, und nur die öffentlichen Interessen gefährdende Milde in Bezug auf Untersuchungshaft herrsche. Wir bitten nun die Gesetzgebung deutscher Staaten zu beachten, welche anerkannt den nothwendigen Ernst

für; 3 Rechtsfakultäten verlangten nur, daß der Staatsanwalt gehört werde, und 12 Appellhöfe und 2 Fakultäten erklärten sich gegen den Vorschlag.

der Gesetze bewahren, und man wird finden, daß darin[6]) anerkannt ist, daß zur Verfügung der Verhaftung nur das Gericht, dem die Untersuchung zukommt, befugt ist, und daß, wenn in dringenden Fällen der einzelne Untersuchungsrichter Verhaftung verfügt, der Richter binnen 24 Stunden den Beschluß zur Kenntniß des Untersuchungsgerichts bringen muß, und dieses über die Fortdauer der Haft innerhalb drei Tagen einen Beschluß fassen muß. Von den neuen deutschen Gesetzgebungen enthält der österreichische Strafprozeß §. 193 die Vorschrift, daß der Untersuchungsrichter über jeden von ihm auf Verhängung der Untersuchungshaft gefaßten Beschluß längstens binnen 3 Tagen dem Bezirkscollegialgerichte Vortrag zu erstatten hat, und dieses nach Anhörung des Staatsanwalts entscheidet, ob die Haft fortdauern soll. — Niemand glaubt in Deutschland, daß die Interessen bürgerlicher Sicherheit dadurch gefährdet würden. Es verdient eine ernste Erwägung, ob nicht dem Untersuchungsrichter, eben weil er Richter ist, bei seiner Verantwortlichkeit überlassen werden muß, die Gründe, ob eine Haft fortdauern soll, ebenso wie er die Gründe erwog, ob Haft zu erkennen ist, allein zu erwägen und seiner Ueberzeugung zu folgen, und nicht erst bei dem Staatsanwalt anzufragen; was nothwendig nach der Erfahrung zu Verzögerungen, und bei der Stellung, die den Staatsanwalt (wir bitten besonders politische Untersuchungen zu berücksichtigen) zum Widerstreit der Meinungen führt, in welchem der Richter nicht seiner Meinung folgen darf. Will man aus grundlosem Mißtrauen dem Untersuchungsrichter nicht die Gewalt einräumen, gegen den Antrag des Staatsanwalts die Freilassung zu verfügen, so hindert doch nichts, vorzuschreiben, daß, im Falle des Widerstreits

---

6) Oldenburgisches Gesetz vom 4. April 1842.

der Meinung des Untersuchungsrichters und Staatsanwalts, der Erste unverzüglich die Entscheidung des Bezirksgerichts einholen muß[7]). Die belgische Commission behauptet, daß, wenn man dem Staatsanwalt das Recht einräumen will (was doch zur Sicherung der öffentlichen Interessen nothwendig wäre), gegen die Freilassung Opposition einzulegen, eben so viel Zeit verloren gehen würde; allein ein gutes Mittel der Beschleunigung liegt hier darin, daß, wenn der Staatsanwalt gegen den Beschluß der Rathskammer[8]) Opposition einlegen will, diese nur dann aufschiebende Wirkung haben soll, wenn der Staatsanwalt seine Beschwerde sogleich bei Eröffnung jenes Beschlusses anmeldet und längstens binnen 3 Tagen ausführt[9]).

Das belgische Gesetz will in dem Falle, in welchem wegen Widerspruchs des Staatsanwalts der Untersuchungsrichter den Verwahrungsbefehl nicht aufheben durfte, den Angeschuldigten nicht schutzlos lassen, und giebt ihm das Recht (art. 6), sich dann an die Rathskammer zu wenden; allein der Untersuchungsrichter soll dann erst seinen Bericht 10 Tage nach der Vollstreckung des Befehls erstatten. Die Commission rechtfertigt diese Vorschrift durch die Gründe, daß die Voruntersuchung geheim seyn muß, indem dies Geheimniß die wesentliche Bedingung der Entdeckung der Wahrheit sey, und eben bei den ersten Akten der Untersuchung dies Geheimniß herrschen müsse, so daß das Be-

7) Dies schreibt vor die österreichische Strafprozeßordnung §. 201. Thüringische Str. P. O. §. 138. Baierischer Entwurf von 1851. §. 334.

8) Aehnliches könnte vorgeschrieben werden, wenn der Staatsanwalt gegen den freilassenden Beschluß des Untersuchungsrichters Opposition einlegen will.

9) Dies schreibt die österreichische Strafprozeßordnung §. 202 vor. Läßt der Staatsanwalt die Frist von 3 Tagen fruchtlos verstreichen, so ist der Angeschuldigte sogleich in Freiheit zu setzen.

dürfniß der Repression die Geheimhaltung der Akten gegen Jedermann, also auch gegen die Mitglieder der Rathskammer fordere. Da diese Kammer aus drei Mitgliedern (mit Einschluß des Untersuchungsrichters) bestehe, so würde, wenn man die Freilassung nach Stimmenmehrheit gestatten wollte, die Meinung von zwei Mitgliedern, welche die Akten nicht kennen, gegen die Ansicht von zwei andern **magistrats** [10]) (sagt der Bericht), welche die Procedur und die Bedürfnisse kennen, den Sieg davontragen können. Nach 10 Tagen könnte man nach der Ansicht des Berichts annehmen, daß das Verfahren schon soweit fortgeschritten wäre, daß der Untersuchungsrichter ohne Nachtheil der Rathskammer die nothwendigen Aufklärungen aus den Akten geben könnte. Alle diese Gründe beruhen auf der unseligen Ansicht, daß ohne Geheimniß der Voruntersuchung die Wahrheit nicht entdeckt werden kann. Wir bitten die Anhänger dieses Systems ihren Blick auf England zu richten, und zu beachten, daß dort ungeachtet der Oeffentlichkeit der Voruntersuchung mehr Verbrechen entdeckt und mehr Schuldige bestraft werden als in Frankreich und Belgien, daß bei einer neuerlichen Vernehmung der erfahrungsreichsten Polizeimagistrate vor dem Oberhauscommissar diese Richter **für** die Oeffentlichkeit der Voruntersuchung sich aussprachen. Will man aber auch an diesem Geheimniß festhalten, so ist es doch schwer zu begreifen, wie der Untersuchungsrichter, der ein Mitglied des Bezirksgerichts ist, vor seinen Collegen das Geheimniß bewahren muß. Sind denn diese Männer nicht ebenso betheiligt, die Interessen der öffentlichen Sicherheit zu be-

10) Bei dieser Erklärung begreift man nicht, wie auch der Staatsanwalt magistrat genannt wird (er ist doch nicht Richter); auch paßt die Ansicht der Commission nicht, wenn der Untersuchungsrichter selbst für die Freilassung war und nur seiner Meinung nicht folgen durfte, weil der Staatsanwalt nicht *zustimmte*.

rücksichtigen und das Amtsgeheimniß zu halten? Da, wo der Untersuchungsrichter über seine Handlungen vorträgt und über ihre Gültigkeit entscheiden soll, erkannte man doch auch schon in Frankreich, daß es völlig unzweckmäßig ist [11]), den Untersuchungsrichter mitstimmen zu lassen; daher in mehreren neuern deutschen Gesetzgebungen [12]) weise verordnet ist, daß der Untersuchungsrichter nicht bei dem Beschlusse des Collegiums (da dies ihn controliren soll) mitstimmen darf. Wir halten alle gesetzlichen Vorschriften, wodurch das Ermessen eines redlichen und verständigen Richters da beschränkt wird, wo er die Interessen individueller Freiheit geeignet beachten will, für sehr nachtheilig. Jeder, welcher den Gang der Untersuchungen kennt, weiß, wie oft am Anfang, wenn gewiß die Anzeige eines Straffalles an das Gericht geschieht, der Handlung ein höchst gefährlicher Charakter beigelegt und daher der Untersuchungsrichter veranlaßt wird, strenge Maaßregeln z. B. durch Verhaftung zu verfügen, z. B. bei Tödtungen, bei Fälschungen, bei politischen Untersuchungen [13]), während schon in den nächsten Tagen durch Vernehmung unparteiischer Zeugen der Fall einen andern milderen Charakter annimmt, z. B. nur eine Fahrlässigkeit bei der Tödtung, oder statt Fälschung höchstens einfacher Betrug vorliegt, und der Untersuchungsrichter dann gern die Verhaftung aufhebt, aber es nicht kann, weil der Staatsanwalt nicht zustimmt und nach belgischem Gesetze vor 10 Tagen die Sache nicht an die Rathskammer gebracht werden kann.

---

11) Berenger de la justice criminelle p. 109 in Robillard considér. sur le ministère public p. 102.

12) z. B. badische Str. P. O. Oesterreichische Str. P. O. §. 92. Thüring. Str. P. O. §. 78.

13) Man weiß, wie häufig Parteienwuth und andere schlimme *Motive* so leicht übertriebene leidenschaftliche Anzeigen und *Zeugnisse* in solchen Fällen veranlassen.

Sehr gut rechtfertigt die Commission (**Rapport p. 21**) die Bestimmung, daß die Civilpartei [14]) kein Recht haben soll, gegen die Freilassung des Angeschuldigten von der Haft sich zu widersetzen, weil im Strafprozesse nur das Interesse der Repression die Hauptsache sey, und da, wo dies keine Einsperrung verlangt, das Privatgeldinteresse nicht genügen kann, um die Forderungen individueller Freiheit zu vernichten.

III. In Bezug auf das Verhältniß des Verwahrungs- und des Verhaftsbefehls geht das belgische Gesetz nach den Motiven der Commission davon aus, daß das Ergebniß des mit dem Angeschuldigten abgehaltenen Verhörs entscheiden muß, ob der durch einen Erscheinungs- oder Vorführungsbefehl vor Gericht gestellte Angeschuldigte sogleich entlassen [15]), oder ob ein Verwahrungs- oder Verhaftsbefehl erlassen werden soll. Nach dem französischen Code handelt hier der Untersuchungsrichter völlig frei und kann dadurch großen Nachtheil dem Angeschuldigten zufügen. Das belgische Gesetz (art. 2) wollte diese Willkür beseitigen, und baut auf die durch das französische Gesetz hindurchlaufende Unterscheidung von délit und crime; bei dem Ersten sollte die Verhaftung nur ausnahmsweise Statt finden, aber auch dann nur ein **mandat de depot** erlassen werden, jedoch nur **dans les circonstances graves et exceptionelles**, oder wenn der Angeschuldigte keinen Wohnsitz im Lande hat; um aber auch

---

14) Die Commission bemerkt, daß sie die Frage: ob man überhaupt das System der Intervention der Civilpartei im Strafprozesse beibehalten soll, sorgfältig geprüft, aber für jetzt in diesem vorläufigen Gesetze das französische System beibehalten habe.

15) Der Code vom 3. Brumaire Jahr IV. art. 66 bestimmte, daß, wenn der Verhörte gänzlich die Anschuldigung zerstört, der Richter ihn freilassen muß. Der Code läßt diese Vorschrift *weg*.

hier eine Schutzwehr dem Angeschuldigten zu geben, sollte der Richter binnen 5 Tagen über die Erlassung des Befehls der Rathskammer Bericht erstatten, so daß der Befehl erst endlich besteht, wenn er bestätigt wird. Bei Anschuldigung wegen **crime** sollte der Verhaftbefehl die Regel bilden, allein die Commission erwog, daß auch bei Verbrechen oft sehr bedeutende Milderungsgründe vorhanden sein können; daher gestattet **art.** 3 die Erlassung eines **mandat de depot**, wenn die That nur Zuchthaus oder zeitliche Zwangsarbeit nach sich zieht; bei Anschuldigungen, die andere schwere Strafen nach sich ziehen, soll der Richter (**art.** 4), nachdem er den Staatsanwalt vernommen hat, einen Verhaftsbefehl erlassen. — Unsere Leser werden bemerken, daß diese Vorschriften gehörig elastisch sind; sie geben aber doch einige Anhaltspunkte dem Ermessen des Richters, und erweitern die Schranken, die leider in Frankreich dem Untersuchungsrichter unmöglich machen, z. B. bei Verbrechen, mildere Formen zu wählen. Das Schlimme ist nur, daß auch nach dem belgischen Gesetz eda wo ein Verhaftsbefehl erlassen ist, dieser als wirksam für die ganze Untersuchung bestehen bleibt und der Richter selbst im Einverständnisse mit dem Staatsanwalte nicht den Verhaftsbefehl aufheben kann, wenn er auch noch so sehr im Verlaufe der Untersuchung davon sich überzeugt, daß die Anschuldigung sehr herabsinkt. Hier kann dann nur durch einen Beschluß der Rathskammer geholfen werden. Wir geben der deutschen Ansicht, bei welcher der Untersuchungsrichter größere Rechte hat (vorzüglich wenn der Staatsanwalt zustimmt), den Vorzug.

IV. Die Commission hatte in ihrem Entwurfe noch einige Artikel (30—32) über die sogenannte **mise au secret** (strenge geheime Haft) aufgenommen. Der den Kammern vorgelegte Entwurf enthält die Vorschriften

nicht. Der französische Code spricht von dieser mise au secret nicht; allein da der art. 613 Code dem Untersuchungsrichter das Recht giebt, alle ihm nöthig scheinenden Verfügungen im Gefängnißhause zu geben, so leitete die französische Praxis (mit Hülfe ministerieller Instructionen) daraus das Recht ab, auch in Fällen, in welchen die deutsche Gesetzgebung von der Collusionshaft spricht, Verhaftung eintreten zu lassen und die gewöhnliche Haft durch das strenge Verbot jeder Communication zu verschärfen. Die Commission, welche die Mittel für die Entdeckung der Wahrheit zuweilen für nothwendig hält [16]), wünschte jedoch durch einige Vorschriften den Mißbrauch zu beseitigen, und bestimmte, daß, wenn der Richter die interdiction de communiquer für nothwendig hält, er einen Beschluß darüber erlassen, die Maaßregel nur für 10 Tage anordnen, sie zwar wieder auf 10 Tage verlängern kann, aber dann dem Generalprocurator Bericht erstatten muß; es soll dann auch der Angeschuldigte, seine Verwandten und Freunde an die Rathskammer, die dann zu entscheiden hat, ein Gesuch um Aufhebung bringen können.

In dem verkündeten von beiden Kammern angenommenen Gesetze gehören hierher die artt. 29 — 31. Der art. 29 bestimmt, daß der Untersuchungsrichter die interdiction de communication durch eine Ordonnance verfügen kann, die Maaßregel nur 10 Tage dauern, aber wieder erneuert werden kann, dann aber der Angeschuldigte oder für ihn ein Verwandter oder Freund ein Gesuch um Aufhebung bei der Rathskammer einreichen darf. Binnen 2 Tagen muß darüber entschieden, aber bei abschlägiger Entscheidung

---

16) Sie giebt selbst zu, daß die gesetzlichen Vorschriften den Zweck haben sollen, d'averter le juge d'instruction, que la loi exige qu'à regret *cette* mesure sevère, et qu'il ne *doit en faire usage qu'avec* une extrème reserve.

vor 10 Tagen das Aufhebungsgesuch nicht erneuert werden. Von der Erneuerungsverfügung muß der Untersuchungsrichter Bericht an den Generalprocurator erstatten.

V. Wesentliche Verbesserungen des Code enthält das belgische Gesetz in Bezug auf die Mittel, die Aufhebung der Haft zu bewirken. — Die von der Regierung ernannte Commission hat darüber einen sehr guten Bericht erstattet. Man weiß, daß vor der Revolution die Gesetzgebung über die Gestattung der Caution schwierig, die Praxis aber die Freilassung möglich machte, jedoch ohne feste Regeln; da, wo die Anschuldigung auf ein sogenanntes crime public ging und schwere Strafe drohte, wurde die Caution nicht leicht zugelassen. Die Assemblée constituante schwankte in den Ansichten, sie gestattete zuerst nur wegen gewisser (im Gesetze bezeichneter) Vergehen die Caution, deren Minimum 3000 und das Maximum 20000 Livres betragen sollte; später wurde das Minimum aufgehoben, und nach der Gesetzgebung unter der Verfassung von 1791 war anerkannt, daß wegen correctioneller Fälle eine Verhaftung da, wo peine infamante drohte, Freilassung gegen Caution, dagegen nie bei schwereren Verbrechen eintreten könnte. Im Code vom Brumaire wurde die Verhaftung in allen Fällen, wo die Strafe über 3 Tage Gefängniß dauerte, vorgeschrieben, jedoch Cautionsleistung, wenn die Strafe nur eine infamirende ist, zugelassen und der Betrag auf 3000 Livres gesetzt; noch im nämlichen Jahre wurde aber die letzte Vorschrift aufgehoben. Die sehr beschränkenden Vorschriften des jetzigen Code wurden bereits oben angegeben. Die belgische Commission erkannte die Nothwendigkeit, die Freilassung gegen Caution ausgedehnter zu gestatten, und so kann nach dem belgischen Gesetze die Freilassung gegen Caution gestattet werden, so oft die Anschuldigung nur Gefängniß nach *sich zieht*, *aber* auch wenn darauf Zuchthaus oder zeitliche

Zwangsarbeit steht und die Rathskammer das Verbrechen correctionell zu behandeln erklärt. Dies hängt mit dem belgischen Gesetze vom 13. März 1849 zusammen, nach welchem die Rathskammer und die Anklagekammer ermächtigt ist, die zwar als crime mit Zuchthaus oder Zwangsarbeit bedrohte Handlung nur als Vergehen zu behandeln, so daß der Fall nur vor das Zuchtpolizeigericht gewiesen wird, welches dann nur Strafe eines Vergehens erkennen kann. Man bemerkt leicht, daß darnach nur bei Anschuldigungen, welche lebenslängliche Zwangsarbeit oder Todesstrafe nach sich ziehen (also in sehr seltenen Fällen), die Caution ausgeschlossen ist. Die Commission wollte aber wie der Code von der Wohlthat der Freilassung gegen Caution die nicht Domicilirten [17]) und Vagabunden und die repris de justice [18]) ausnehmen. Man weiß, wie in Frankreich die Frage: ob der Angeschuldigte in den correctionellen Fällen die Freilassung gegen Caution zu fordern berechtigt ist oder Alles vom Gerichte abhängt, streitig ist, und das Wort pourra so verschiedne Auslegungen leidet. Die Commission will dem Angeschuldigten keinen rechtlichen Anspruch geben, weil dies gefährlich seyn würde, da immer nur die besonderen Umstände des einzelnen Falles entscheiden müssen; die Commission meint den Streit beseitigen zu können, wenn sie den Ausdruck wählt: l'inculpé pourra obtenir la liberté, *s'il y a lieu* [19]).

---

17) Eine Härte liegt darin, daß dann jeder Ausländer, mag er notorisch noch so vermöglich und ehrenwerth seyn (z. B. ein in Preußen dicht an der belgischen Gränze wohnender Fabrikant) und noch so starke Caution stellen, nie von der Haft frei werden kann.

18) Um die Zweifel, welche in Frankreich über den Sinn dieses Worts vorkommen, zu beseitigen, bezeichnet die Commission als repris die, welche vorher zu einer peine afflicture ou infamante oder Gefängniß über 1 Jahr verurtheilt wurden.

19) In der Commission des Senats war die Frage verhandelt, ob *man nicht in correctionellen* Fällen die Freilassung gegen

sitz nehmen muß, wo das Gericht seinen Sitz hat, welches über die Uebertretung erkennen soll[20]).

VIII. Eine andere Lücke im Code besteht in Bezug auf die Frage, ob der Staat, wenn der Angeschuldigte, welcher Caution stellte, aber nicht seiner Pflicht gemäß bei Gericht erschien, unter dem Titel einer Strafe die ganze Cautionssumme zurückhalten kann, selbst wenn nach Zahlung der Prozeßkosten, Geldstrafen, des Schadens, noch ein Rest bleibt. Während einige französische Schriftsteller, z. B. Legraverend, annehmen, daß die ganze Cautionssumme dem Staate zufällt, nehmen Andere, z. B. Mangin, an, daß der Staat von der Caution nur soviel behalten darf, als zur Zahlung der Kosten, Geldstrafe, Schaden nöthig sei; eine dritte Partei, z. B. Carnot, macht Unterscheidungen, je nachdem der Angeschuldigte verurtheilt oder losgesprochen wird.

Die belgische Commission geht davon aus, daß der Angeschuldigte, indem er gegen Caution Freilassung erhält, eine zweifache Verpflichtung eingeht: 1) die, der bürgerlichen Gesellschaft gegenüber, sich jederzeit zur Untersuchung und Urtheilsvollstreckung zu stellen, 2) die gegen den Fiskus und die Civilpartei, wenn eine solche aufgetreten ist, die Kosten, Geldstrafe und Schaden zu zahlen; daher zerfällt auch die Caution nach der zweifachen Verpflichtung in zwei Theile: der erste Theil gehört, sobald sich der Angeschuldigte nicht stellt, ganz dem Staate; der zweite Theil haftet nur so weit als es nöthig ist, um die Summen zu decken, zu deren Zahlung Sicherheit

---

20) Warum will man nicht gestatten, daß der Angeschuldigte auch an seinem regelmäßigen Wohnsitze sich aufhalten darf, da, wo er allein seine Geschäfte besorgen kann und die Freilassung einen Werth für ihn hat? z. B. wenn ein Gewerbsmann von Lüttich in Brüssel abgeurtheilt wird. Man kann ja leicht den Angeschuldigten dann unter die besondere Aufsicht der Behörde in Lüttich stellen.

zu leisten ist. Es hängt also bei diesem Theile Alles von dem Ausgange des Prozesses ab. — Nach diesen Grundsätzen ist auch der oben mitgetheilte Artikel 23 (Entwurf 21) des belgischen Gesetzes gefaßt.

IX. Wenn der Angeschuldigte, der nicht sich stellt, ungeachtet er durch Cautionsleistung dies versprach, in der Folge freigesprochen wird, so rechtfertigt sich die Vorschrift, daß dennoch der erste Theil der Cautionssumme dem Staate verfällt, weil der Angeschuldigte seiner Pflicht nicht nachgekommen ist, und die Strafe dieser Unterlassung eben im Verluste der Caution liegt, so daß das Ergebniß der Untersuchung keinen Einfluß auf die Strafe des verübten Unrechts sich zu stellen ausüben kann; allein wir freuen uns, daß der belgische Gesetzgeber dieses Princip nicht in seiner ganzen Strenge (Entw. 21) durchführte. Nach Art. 24 kann im Falle, wenn der Angeschuldigte von der Anschuldigung entbunden oder losgesprochen wird, das Urtheil zugleich verordnen, daß ein Theil der Caution zurückgegeben wird. Die Commission setzt die Fälle voraus, aus denen sich ergiebt, daß die Abwesenheit des Angeschuldigten *nicht* den Gang der Untersuchung gehindert hat; weil dann das Motiv, wegen welches die Caution zur Strafe verfallen soll, nämlich der Nachtheil, daß die Richter die Untersuchung nicht fortsetzen können, wegfällt. Der Verfasser dieses Aufsatzes erinnert sich eines Falles, in welchem der Angeschuldigte Caution von 10000 Gulden stellte, nachdem er bereits 6 Monate im Gefängnisse und die Voruntersuchung schon fast beendet war. Der Angeschuldigte war sich seiner Unschuld bewußt, wollte sich aber doch nicht stellen; die urtheilenden Richter erkannten, daß die Handlungsweise des Angeschuldigten eine völlig gesetzliche sey, und die Zeugen bestätigten seine Unschuld. Er wurde freigesprochen. Sollte er hier dennoch die Caution verlieren? Leider muß, selbst nach mehrern neuen Gesetzgebungen, die

Frage bejaht werden, Der belgische Gesetzgeber giebt wenigstens den Gerichten die Möglichkeit, den billigen Forderungen Gehör zu geben. Wir fürchten freilich, daß die Gerichte nach einer Art Transactionssystem zum Durchhauen des Knotens kommen und die Summe theilen. Nach dem belgischen Gesetze (Nachsatz des art. 23) sollen auf jeden Fall die außerordentlichen Kosten, welche die Unterlassung des Angeschuldigten, sich zu stellen, verursachte, vorerst aus der Cautionssumme getilgt werden.

Mag man auch wünschen, daß das belgische Gesetz noch mehr auf der Bahn des Fortschritts geleistet hätte, so muß man doch gerechter Weise erkennen, daß große Verbesserungen gemacht wurden.

IX.

Die

Bestimmungen der neuen Gesetzgebungen

über

das richterliche Milderungsrecht

geprüft von

Mittermaier.

(Als Fortsetzung der Aufsätze Nr. VII. XIII. XIX. XXIV. in diesem Archive Jahrg. 1851 über den gegenwärtigen Zustand der Strafgesetzgebung.)

Der wichtigste Punkt bei jeder Strafgesetzgebung ist das Verhältniß, in welchem das richterliche Ermessen geregelt wird. Es wird keinem Gesetzgeber gelingen, alle möglichen Fälle, die bei der Anwendung eines gewissen Strafgesetzes vorkommen können, vorherzusehen, und darnach die Strafdrohung zu berechnen. Die Art, wie in Gesetzgebungs- oder Prüfungs-Commissionen der Regierung oder der Kammern über vorgelegte Entwürfe und in Ständeversammlungen die Gesetze zu Stande gebracht, zeigt bei der Bestimmung der Strafgrößen oft ein nicht erfreuliches Markten und ein Concessionssystem, indem irgend ein schwererer (vielleicht neuerlich vorgekommener, Aufsehen erweckender) Fall bei der Abstimmung die Steigerung der Strafgrößen veranlaßt, *während* die Anführung eines be-

sonders milden mit Wärme von einem Mitgliede zergliederten Falles bewirkt, daß bei der Abstimmung das Minimum der Strafen geringer festgesetzt wird. — So lange die Gesetzgeber nur durch das Abschreckungsprinzip geleitet wurden, so lange vorzüglich die Feuerbachsche Theorie zahlreiche Anhänger hatte, mußte man lieber zu sehr hohen Strafdrohungen gelangen, um desto sicherer abzuschrecken; und die mißverstandene Ansicht von der nothwendigen Bestimmtheit der Strafgesetze führte zur Drohung vieler, absolut bestimmter Strafen, und zu einem unbegränzten Raume zwischen Maximum und Minimum. Man weiß, wie in Frankreich die Festsetzung solcher Gränzen als eine große Concession gepriesen wurde, wie bei der Einführung der Geschwornen nur eine unverständige Auffassung der Stellung der Geschwornen die Durchführung der festbestimmten Strafen in dem Gesetze v. 1791 veranlaßte [1]). Eine ebenso grundlose Auffassung des Unterschieds von Verbrechen und Vergehen und entschiedenes Mißtrauen gegen die Geschwornen bewirkten bei der Abfassung des Code von 1808, daß man bei crimes kein Milderungsrecht geben wollte, während man durch den art. 463 des Code eine solche Befugniß bei Vergehen einräumt. Warum verschweigt man, daß bald nach dem Erscheinen des Gesetzbuches die Stimmen der ausgezeichnetsten Männer [2]) sich für die Nothwendigkeit erklärten, den Assisenhöfen die nämliche Befugniß zu geben, die der art. 463 den correctionellen Gerichten gab? Warum beachtet man nicht, daß bald darauf im Ministerium beschlossen wurde, einen solchen Antrag bei dem Staatsrathe zu machen, und daß die Vorlagen des Gesetzesent-

---

(1 An das Exposé des motifs zum Gesetze v. 1791 erinnert H. Nypels in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung XXII. S. 393 in Not.

2) Carnot Comment. sur le Code pénal Art. 46 Nr. 15.

wurfs nur durch zufällige Umstände aufgeschoben wurde[3]), bis man endlich 1832 zu dem bekannten Systeme der mildernden Umstände kam?

Man muß es beklagen, daß unsere Gesetzgeber noch immer die Aufgabe der Strafgesetzgebung nicht recht erfassen, und nicht erkennen, daß es zur Erreichung des Zwecks der Strafen weniger darauf ankommt, daß den Schuldigen eine gewisse schwere Strafe treffe, sondern darauf, daß überhaupt der Schuldige der Strafe nicht entgehe, und eine gerechte mit seiner Verschuldung in Verhältniß stehende Strafe leide[4]). Ein solches intensiv starkes, zugleich die abschreckenden und bessernden Wirkungen der Bestrafung möglicher Weise herbeiführendes gerechtes Strafurtheil ist aber nur möglich, wenn diejenigen, welche auf den Ausspruch der Größe der Strafe einen Einfluß haben, den unendlich *vielgestaltigen*, die Verschuldung eines Angeklagten modificirenden Umständen geeignet Rechnung tragen können.

Um die Anwendung von ungerechten unverhältnißmäßigen Strafen zu vermeiden, giebt es zwei Wege: 1) den, durch Begnadigung nachzuhelfen, 2) den, durch eine *geeignete* Fassung der Strafgesetze und gewisse Ermächtigungen dem richterlichen Ermessen einen hinreichenden Raum zu geben. — Noch immer hört man bei den Verhandlungen über neue Strafgesetze, daß den Anträgen auf Erweiterung des richterlichen Ermessens von Seite der Vertheidiger strenger Gesetze die Hinweisung auf die Gnade entgegengesetzt wird. Wir halten das Begnadigungsrecht für nothwendig, aber die Einrichtung, nach welcher der Gesetzgeber die Fehler, welche er durch seine harten Strafdrohungen macht und leicht hätte vermeiden können, durch

---

3) Nypels in der angef. Zeitschrift S. 397.

4) Trefflich hat der bedeutendste Criminalist Frankreichs F. Hélie in der Revue de *legislation* 1847. II. p. 448 dies *durchgeführt*.

Begnadigung heilen lassen will, erklären wir für ein Unglück, weil dadurch nicht gerechte Strafurtheile, sondern nur Aussprüche einer nicht richterlichen Gewalt veranlaßt werden, welche das richterliche Urtheil als materiell ungerecht anerkennen muß. Durch die Begnadigung wird die Justiz in das Kabinet verlegt; das Ansehen der Richter leidet, die Entscheidung des Schicksals des Angeklagten wird verzögert, und z. B. wenn ein Todesurtheil erging, eine nicht zu rechtfertigende Härte durch die fortgesetzte Todesangst des Verurtheilten herbeigeführt. Das Volksrechtsbewußtsein, welches ein gerechtes Strafurtheil des Gerichts erwartet, wird durch das harte Urtheil verletzt und durch die Vertröstung auf die sehr zweifelhafte Gnade nicht beruhigt. Niemand kann verkennen, daß dem Regenten und seinen Rathgebern die Materialien fehlen, um mit Sicherheit entscheiden zu können, ob der um Gnade Nachsuchende würdig derselben ist. Wir bitten die Leser an die Erfahrungen sich zu erinnern, welche in Bezug auf dies Verfahren, welches eintritt wenn die Akten eingesendet werden und die Schwierigkeiten über Begnadigungen zu entscheiden, im preußischen Justizministerium gemacht wurden [5]). Die Sache erhält aber noch eine ganz andere Bedeutung in Ländern, in welchen das mündliche Verfahren eingeführt ist. Während in dem schriftlichen geheimen Verfahren die Richter, welche das Urtheil fällen, nur an die Akten sich halten mußten und die nämlichen Akten dem Ministerium vorliegen, können bei der mündlichen Verhandlung dem Ministerium nur die dürftigen Akten der Voruntersuchung und die mageren Aufzeichnungen während der Assise vorgelegt werden; was in der Sitzung selbst vorging, was am meisten dient, über die Verschuldung des Angeklagten ein gerechtes Urtheil zu fällen, kann dem Be-

---

5) Preuß. Justizministerialblatt 1848. Nr. 30.

gnadiger nicht vorgelegt werden. In England, wo der präsidirende Richter die genaueste Aufzeichnung aller in der Sitzung vorgekommenen Aussagen macht und diese Aufzeichnungen dem Staatssecretär mittheilt, wo der Richter es eigentlich ist, von dem es abhängt, ob ein Todesurtheil durch Gnade abgeändert werden soll, tritt wenigstens das Verhältniß ein, daß der Staatssecretär eine vollständige Aufzeichnung der Verhandlungen vor sich hat; in anderen Ländern aber ist die Einrichtung noch weniger geeignet, dem Minister, von dessen Vortrag an den Regenten die Begnadigung abhängt, die Tragung der furchtbaren Verantwortlichkeit zu erleichtern und dem Regenten die qualvolle Zwangslage zu ersparen, in welcher er sich befindet, wenn er gewissenhaft ist, und entscheiden soll, ob ein zum Tode Verurtheilter begnadigt werden soll.

Bilde sich Niemand ein, daß die Geschwornen dadurch daß etwa Hoffnung eröffnet ist, daß das Urtheil, dessen materielle Ungerechtigkeit sie erkennen, nicht zur Vollziehung kommen werde, eher in die Stimmung versetzt werden, in welcher sie willig sind, den harten Wahrspruch zu fällen; sie werden, wenn nur von der Gnade-Hülfe erwartet werden soll, entweder gegen den vorliegenden Beweis und das Gesetz lossprechen, oder doch wenigstens jeden Ausweg ergreifen, durch welchen sie die harte, zwar formell gerecht erkannte Strafe umgehen können. Auf jeden Fall darf nicht verkannt werden, daß bei der Begnadigung leicht im Volke Mißtrauen entsteht, ob nicht bei den Aussprüchen, welche Gnade bewilligten oder abschlugen, Gunst und ähnliche Einflüsse wirkten[5 a]). Nur der zweite oben ange-

---

5a) Wir erinnen an die Aeußerungen der Presse z. B. in England und Belgien, wenn oft bei einem Todesurtheil Gnade abgeschlagen und bei einem andern in die nämliche Zeit fallenden Urtheile Gnade ertheilt wird. Die Vergleichung fällt oft nicht günstig für die Regierung aus.

gebene Weg entspricht darnach dem Zwecke der Strafjustiz, wenn die Gesetzgebung selbst schon sorgt, daß diejenigen, welchen das Urtheil obliegt, nur eine Strafe aussprechen können, welche nach ihrer Ueberzeugung als eine gerechte der Größe der Verschuldung des Angeklagten entspricht. Dies wird entweder bewirkt: 1) wenn die Gesetzgebung kein Minimum festsetzt, 2) oder wenn nebeneinander verschiedene Strafarten gedroht werden, unter welchen der Richter wählen kann; 3) oder wenn wegen verminderter Zurechnung ein Milderungsrecht gegeben wird; 4) oder wenn dem Gerichte (oder den Geschwornen) die Befugniß gegeben wird, bei dem Daseyn mildernder Umstände von der ordentlichen Strafe abzugehen und die Strafe unter das Minimum herabzusetzen; 5) oder wenn wenigstens bei einzelnen Verbrechen der Strafdrohung die geringere Strafe im Falle der mildernden Umstände beigefügt wird.

Die Frage, wie diese Wege benutzt werden sollen, wird verschieden beantwortet werden, jenachdem in Ländern, in welchen Schwurgerichte bestehen, die Einwirkung auf die Anwendung einer milderen Strafe nur den Staatsrichtern oder den Geschwornen überlassen wird. In Frankreich sind es die Geschwornen, welche nicht blos dadurch, daß sie die schwerere Hauptanklage verwerfen und eine eventuelle mildere Anklage gegründet finden, daher z. B. wegen Mordes nichtschuldig, wegen Todtschlags schuldig erkennen, sondern auch ihrem Wahrspruche der Schuld den Zusatz mit mildernden Umständen beifügen können, wo dann die Richter gesetzlich verpflichtet sind, eine geringere Strafe auszusprechen.

Das Nämliche tritt ein in England und in Schottland, jedoch nur so, daß die Geschwornen dem Wahrspruch *der Schuld* eine Empfehlung zur Milde des Gerichts bei-

fügen[6]), jedoch wissen, daß dies bei der Ausmessung der Strafe die Wirkung hat, daß der Richter nur möglichst milde Strafe aussprechen wird. In Preußen erkennen die Geschwornen über das Daseyn mildernder Umstände, in Baiern ebenso über den Milderungsgrund der verminderten Zurechnung und über Daseyn der Milderungsgründe bei Preßvergehen, wogegen in Oesterreich, in Hannover, in Braunschweig, in Belgien, die Staatsrichter entscheiden, ob mildernde Umstände anzunehmen sind.

Wir sind noch immer überzeugt, daß folgerichtig *eine* Gesetzgebung[7]), welche von dem Daseyn von Milderungsgründen das Eintreten geringerer Strafen abhängig macht, den Geschwornen die Entscheidung über das Daseyn dieser Gründe übertragen muß; denn mag auch der Gesetzgeber unter einem bestimmten Ausdruck ein Verbrechen aufstellen, so sind es doch immer unendlich viele Abstufungen, die unter einem Ausdruck begriffen sind; der Begriff der Schuld ist kein abstracter, sondern ein auf die einzelne Handlung bezogener; die Geschwornen, welche über die Schuldfrage urtheilen sollen, müssen zugleich urtheilen, ob der Angeklagte eines größeren oder geringeren Grades des Vergehens schuldig ist. Der Gesetzgeber, welcher den Nachtheil der Casuistik vermeiden will, stellt entweder bei einem Verbrechen verschiedene Abstufungen auf, und droht bei jeder eine gewisse Strafe, oder er faßt alle möglichen Grade in e i n e r weitgefaßten Strafdrohung zusammen; wenn nun die Geschwornen, welche über die Schuld des Angeklagten urtheilen, in dem vorliegenden Falle Combinationen vorhanden finden, auf deren Daseyn der Gesetzgeber bei seiner Strafdrohung nicht rechnete, so sprechen sie, indem sie gewisse Thatsachen als Ergebniß der Verhandlungen vorhanden finden, durch An-

6) Meine Schrift: das englische Strafverfahren S. 488.
7) Gründe s. oben in *diesem* Archiv 1850. S. 135.

nahme von mildernden Umständen aus, daß der Angeklagte in einem geringeren Grade schuldig ist, als der Gesetzgeber durch seine allgemeine Formel annahm. Dem Strafrichter bleibt dann immer noch ein bedeutender Wirkungskreis, durch Erwägung aller Umstände des Falles die entsprechende Strafe zu finden. — Viele Gesetzgeber haben jedoch für ihre Vorschrift, daß nicht die Geschwornen, sondern die Staatsrichter über das Daseyn von mildernden Umständen entscheiden sollen, die Gründe theils in der Besorgniß gefunden, daß die Geschwornen auf eine gefährliche Weise die Befugniß mißbrauchen, theils darin, daß die Entscheidung über solche Umstände nur auf die Art und Weise der Strafanwendung sich bezieht, und diese nur den Richtern zustehen kann[8]). Uns scheint, daß bei dem letzten Grunde eine Verwechselung der Strafminderungs- mit den Milderungsgründen vorliegt; daß man die Geschwornen nicht über jeden einzelnen Minderungsgrund, z. B. Verführung, Reue, entscheiden lassen kann, ist völlig gegründet; allein, wenn das Gesetz anerkennt, daß da, wo bei einem gewissen Verbrechen ein besonderer Milderungsgrund gesetzlich aufgestellt ist, z. B. Provocation bei der Tödtung, Geschworne entscheiden sollen, so muß es folgerichtig auch annehmen, daß da, wo das Gesetz überhaupt wegen des Daseyns mildernder Umstände zu der Herabsetzung der Strafe ermächtigt, Geschworne entscheiden müssen, weil das Gesetz durch diese Gestattung erkennt, daß es unmöglich ist jeden einzelnen Milderungsgrund im Gesetze vorherzusehen, und daß in manchen Fällen durch Zusammenwirken vieler Umstände, die an sich nur Minderungsgründe sind, die Verschuldung so herabgedrückt werden kann, daß die im Minimum gedrohte Strafe eine ungerechte seyn würde.

---

8) *Dieser* Grund entschied in Braunschweig. Degener, die *größeren* Justizorganisationsgesetze II. S. 85. 87.

Merkwürdig ist, daß der neue von der Kammer der Repräsentanten bereits angenommene Entwurf des Strafgesetzbuchs für Belgien[9]) die Würdigung der Milderungsgründe den Gerichten überträgt[10]), und die Commission zustimmt, weil die Annahme von Milderungsründen die Schuld des Angeklagten bestehen läßt, ohne sie wesentlich zu ändern, und die Strafausmessung nur der richterlichen Gewalt zukommt. In den Verhandlungen der Kammer[11]) erklärte sowohl der Justizminister als einzelne Mitglieder, daß sie lieber den ganzen Artikel fallen lassen würden, wenn die Entscheidung über die Milderungsgründe den Geschwornen überlassen werden sollte. Wir wissen wohl, daß es besonders in Deutschland zur Mode gehört, über die großen Mißbräuche zu klagen, welche die Geschwornen in Frankreich durch Annahme von Milderungsgründen verüben. Uns scheint aber, daß Viele den von Einigen behaupteten Satz nachschwatzen, ohne selbst zu prüfen. Das hohe Ansehen von Hélie[12]), der in seiner Stellung im Ministerium am besten den Gang der Rechtsprechung beurtheilen konnte, sollte doch aufmerksam machen, daß die Sache auch eine andere Seite hat. Es ist zwar richtig, daß 1849 die Geschwornen bei 3586 Angeklagten dem Wahrspruch der Schuld die Annahme von Milderungsgründen beifügten (also bei 70 von 100[13]), daß in manchen Fällen falsches Mitleiden, oder nur der Wunsch die sonst drohende Todesstrafe zu beseitigen, den Ausspruch der Milderungs-

---

9) Projet art. 110.

10) Schon in dem Gesetze vom 1. Mai 1849 art. 3 war dieser Grundsatz ausgesprochen. Nypels in der Zeitschrift XXII. S. 398.

11) Annales parlamentaires 1851/52 Chambre des Représentants (séance du 24. Nov. 1851) p. 101.

12) Vorzüglich sprach er sich darüber in der Revue de legislation 1847. vol. II. p. 443 aus.

13) Im Jahre 1846 und 1847 war das Verhältniß 73, im Jahre 1845: 72.

gründe erzeugten; allein vergleicht man genauer die Fälle, in denen dieser Ausspruch erfolgte, so überzeugt[14]) man sich bald, daß er in Fällen eintrat, in denen der Code auf die empörendste Weise die unverhältnißmäßig harte Strafe drohte, und das Gewissen der Geschwornen sich gegen den furchtbaren unbedingten Ausspruch der Schuld sträubte. Es ergiebt sich aber auch, daß seit der Gestattung der Annahme der Milderungsgründe die Kraft der Repression durch Vermehrung der Verurtheilungen zunahm und so die bürgerliche Sicherheit gewann; es zeigt sich, daß die Assisenrichter, von denen es abhängt, wenn Milderungsgründe angenommen sind, die Strafe um einen Grad oder um zwei Grade herabzusetzen, häufig dies Letzte aussprachen[15]), dadurch also erkannten, daß die sonst einzutretende gesetzliche Strafe um zwei Grade zu hoch war, und daß die Richter in correctionellen Fällen ebenfalls (ungeachtet der schlecht und zu enge gefaßte Artikel 463 sie beschränkte) von dem Milderungsrechte häufig Gebrauch machten[16]).

Alles kommt darauf an, ob die Richter, denen das Gesetz die Entscheidung über das Daseyn von Milderungsgründen zuweist, durch ihre unabhängige Stellung, vorzüglich durch ihr wohlwollendes menschliches, auf keine Leidenschaft deutendes Benehmen das Vertrauen den Geschwornen einflößen, daß auch bei ergangenem Wahrspruch der Schuld die Richter mit Billigkeit und zarter Würdigung der die Verschuldung bestimmenden Umstände die Milderungsgründe beachten werden[17]).

---

14) Wir haben in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung XXIV. S. 169 eine genaue Zusammenstellnng gemacht.

15) Im J. 1849 erfolgte bei 1051 Verurtheilten die Reduction der Strafe um vier Grade.

16) z. B. von 1000 wegen Diebstahls correctionell Verurtheilten, wurden 786 mit mildernden Umständen von den Richtern *schuldig* erkannt.

17) Dies Vertrauen ist in England und Schottland begründet.

Wir wollen nun prüfen, in wiefern die neuen Gesetzgebungsarbeiten von den verschiedenen oben angedeuteten Mitteln, das richterliche Ermessen zu erweitern, Gebrauch gemacht haben.

I. Die Anordnung, nach welcher das Gesetz Strafe überhaupt ohne Festsetzung eines Minimums droht, ist nur in dem ungarischen Entwurfe[18]), in der Gesetzgebung von Genf wenigstens seit 1843, theilweise[19]), in den neuesten Gesetzen von Bremen[20]) und in der neuen englischen Strafgesetzgebung[21]) durchgeführt. Das neue preußische Strafgesetzbuch hat davon bei einzelnen Verbrechen Gebrauch gemacht[22]). Es ist nicht immer einzusehen, aus welchen Gründen nur bei diesen Vergehen das Gesetzbuch kein Minimum drohte, wahrscheinlich deswegen, weil vorzüglich die Ueberzeugung sich aufdrängt, daß nach der Erfahrung bei diesen Vergehen die Verschuldung oft so gering seyn kann, daß eine, durch eine wenn auch geringe Strafe ausgesprochene Mißbilligung der Handlung am

---

18) Darüber meine Schrift: die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung II. S. 236.

19) Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung XVIII. S. 137.

20) In diesem Archiv 1851. S. 285.

21) Noch in der neuesten englischen Gesetzgebung v. 3. Juli 1851 (Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung XXIV. S. 79) ist z. B. für die gefährlichsten Beschadigungen von Eisenbahnen Transportation auf Lebenszeit oder Gefängniß bis 3 Jahre gedroht. Neuere sehr milde Fälle haben gezeigt, daß dadurch dem Richter möglich wurde, einige Monate Gefängniß zu erkennen.

22) Hieher gehören §. 95 (Befreiung eines Gefangenen durch Fahrlässigkeit), §. 97 (Bildung bewaffneter Haufen), §. 98 (Theilnahme an geheimen Verbindungen), §. 109 (falsche Entschuldigung der Geschwornen), §. 112 (Nichtanzeige einer Desertion), §. 130 (Verleitung zur Abgabe falscher Versicherung an Eidesstatt), §. 135 Herabwurdigung der Religion), §. 190 (vorsätzliche Mißhandlung oder Körperverletzung), §. 212 (Zwang gegen eine Person), §. 281 (Vermögensbeschädigung).

Platze ist; insbesondere tritt die Anordnung bei Vergehen ein, die nur Gefängnißstrafe nach sich ziehen. Uns scheint, daß bei den Vergehen, bei welchen das Gesetz Gefängniß von einer Woche bis 2 (3, 6) Monaten droht[23]), eben sowohl das Minimum hätte weggelassen werden können, weil eben so oft Fälle vorkommen werden, in welchen ein wöchentliches Gefängniß offenbar zu hart ist. Vergebens sucht man einen Grund, warum in §. 135 für Lästerung der Gottheit oder Verspottung der Gegenstände religiöser Verehrung kein Minimum gedroht ist, und in §. 136 bei dem, der in der Kirche durch Lärmen den Gottesdienst oder eine gottesdienstliche Verrichtung stört, ein Minimum von einem Monat gedroht ist, da gerade bei diesem letztern Vergehen oft sehr gering strafbare Störungen vorkommen[24]).

II. Der zweite Weg, daß verschiedene Strafen gedroht werden, zwischen welchen der Richter wählen kann, wird vorzüglich von Bedeutung 1) da, wo das Gesetzbuch eine entehrende Freiheitsstrafe und außer ihr eine nicht entehrende Strafe droht, oder 2) wo das Gesetz die Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen strenge durchführt und gewisse Strafarten (z. B. Zuchthaus) als Strafen der Verbrechen und andere als Strafen der Vergehen aufstellt; 3) da, wo die Gefängnißstrafe alternativ nebeneinander gedroht ist. Während einige Gesetzbücher z. B. das badische nebeneinander entehrende und nicht entehrende Strafen häufig drohen und dies System sich wohlthätig bewährt,

---

23) z. B. Art. 102. 108. 118. 156.

24) Das hannoversche Strafgesetzbuch Art. 180 droht bei der Störung des Gottesdienstes nur Gefängnißstrafe. In einem Falle hatte während der Predigt ein Mann, zu welchem der Nachbar höhnend sagte: Der Pfarrer (welcher heftig gegen eine gewisse Sünde predigte) meint Sie, dem Nachbar laut und heftig zurief: Halten Sie das Maul und kümmern Sie sich um sich selbst. Der Pfarrer hatte Anzeige gemacht, und der Angeschuldigte wurde mit 2 Tagen Gefängniß bestraft.

scheinen andere Gesetzgeber dies bedenklich zu finden, weil dadurch eine zu große Gewalt in die Hände der Richter gelegt werden müßte und die folgerichtige Durchführung der Classification von Verbrechen und Vergehen gehindert würde. Das preußische Strafgesetzbuch droht Zuchthausstrafe (als Verbrechensstrafe) nie neben einer Vergehensstrafe alternativ, und die alternative Drohung der entehrenden Zuchthausstrafe neben der nicht entehrenden Einschließung kommt nur in einigen wenigen Fällen vor[25]), so daß die letzte nur erkannt werden darf, wenn mildernde Umstände da sind. Häufig ist nur Zuchthaus im Minimum ohne Zusatz (also 1 Jahr, da dies das gesetzliche Minimum ist), oft Zuchthaus bis 10, bis 15, bis 20 Jahren, in anderen Fällen mit Minimum 5 bis 20 gedroht; so daß der Richter einen sehr weiten Raum für sein Ermessen hat. — Häufig ist Gefängniß alternativ mit Geldstrafe gedroht[26]), wo jedoch die letzte nur erkannt werden kann, wenn mildernde Umstände da sind[27]).

III. Die wichtigste Vorschrift in einem Gesetzbuche ist die, daß in Fällen, in welchen im geringeren Grade ein Zustand vorhanden ist, welcher im höchsten Grade die Zurechnung aufheben würde, das Gericht ermächtigt wird, eine geringere (das Gesetz bezeichnet dann ein neues Minimum) Strafe zu erkennen. Alle neuen Strafgesetzbücher Deutschlands[28]) aber auch Italiens[29]) haben diesen Milde-

---

25) im Art. 63. 64 (bei Verabredung eines hochverrätherischen Unternehmens), im Art. 65 (Aufforderung zum Hochverrath), 66 (Vorbereitungshandlungen zum Hochverrath), 68 (Waffentragen in fremden Kriegsdiensten gegen Preußen), 74. 76 (Majestätsbeleidigung), 78 (feindliche Handlung gegen befreundete Staaten).

26) z. B. Art. 100. 101. 105. 107. 110. 122. 152. 155. 201. 270.

27) Preuß. Gesetzbuch §. 18. Goltdammer Materialien. S. 193.

28) Nachweisungen in neuerer Ausgabe von Feuerbachs Lehrbuch Note VI. zu §. 94.

29) In Neapel, in Parma. Im Gesetzbuche von Sardinien von 1839 art. 100, *in dem toskanischen neuen Entwurf* §. 81.

rungsgrund aufgenommen; diejenigen Gesetzbücher, welche überhaupt wegen des Daseyns von Milderungsgründen die Strafe mildern lassen, z. B der belgische neue Entwurf, bedurften dieses besonderen Milderungsgrundes nicht; die hamburgischen Entwürfe halten es aber für zweckmäßig, sowohl die allgemeine Ermächtigung wegen zusammentreffender Milderungsgründe, als die wegen verminderter Zurechnung in das Gesetz aufzunehmen [29 a]).

In Baiern, dessen Gesetzbuch weder den allgemeinen noch den besonderen Grund der verminderten Zurechnung aufgenommen hatte, führte die Erfahrung auf die Nothwendigkeit, im Gesetze von 1848 diesen zuletzt genannten Grund aufzustellen [30]). Um so auffallender ist es, daß das neue preuß. Gesetzbuch diesen Grund nicht aufgenommen hat. Man erfährt aus der schon oft gerühmten Darstellung von Goltdammer [31]), daß der Entwurf von 1845 eine diesen Milderungsgrund anerkennende Vorschrift enthielt, daß diese jedoch in der Immediatcommission Widerspruch erlitt, indem der Richter nur prüfen dürfe, ob Zurechnungsfähigkeit vorhanden wäre, die Gestattung, auf solche Mittelzustände Rücksicht zu nehmen, selbst für den Angeklagten zu Härten führen könne, bei deren weitem Raume von Minimum und Maximum der Milderungsgrund unnöthig würde, bei absoluten Strafen durch Begnadigung geholfen werden könne, vor Geschwornengerichten die Sache unausführbar wäre. Bei dem vereinigten ständischen Ausschusse kam die Frage wieder zur Sprache;

29 a) Hamburg, Entw. v. 1849. Art. 52. 53. Entw. von Trummer §. 54. 55. Entw. v. 1850 Art. 61. 62.

30) S. Nachweisungen in diesem Archive 1850. S. 344. In dem neuen 1851 den Kammern vorgelegten Entwurfe §. 94 findet sich der Milderungsgrund.

31) Materialien rc. S. 400.

man forderte die Aufnahme des Milderungsgrundes; der Regierungscommissär widersprach[32]). Der neue Entwurf von 1850 nahm den Milderungsgrund nicht auf, und da das so häufig angewendete System der mildernden Umstände gestattet, auch auf die verminderte Zurechnung Rücksicht zu nehmen, so hielten die Kammern die Aufnahme der Milderungsgründe nicht für nöthig. Wir besorgen, daß durch die Weglassung dieses Milderungsgrundes eine bedenkliche Lücke entsteht, eine Härte in die Strafanwendung kommen wird, die um so weniger zu rechtfertigen ist, als schon seit Jahrhunderten die Rechtsübung in Deutschland den Milderungsgrund (unter verschiedenen Ausdrücken) anerkannte. Der Gesetzgeber täuscht sich, wenn er hofft, daß durch die angeblich weiten Räume das gesetzliche Maximum und Minimum nur durch die Gestattung der mildernden Umstände der Milderungsgrund wegen verminderter Zurechnung entbehrlich werde; wir werden nachweisen, daß in manchen Fällen das Minimum zu hoch bestimmt ist, und die Berücksichtigung der Milderungsgründe in zu wenig Fällen zugelassen wurde. Die Ausschließung des eben bemerkten Milderungsgrundes erklärt sich bei manchen Gesetzgebern durch die große Anhänglichkeit an das französische Recht und durch das Fortwirken jener auch von

---

32) Man hatte gegen die Behauptung, daß schon das preuß. Landrecht II. Tit. 20 §. 18 auf das System der mildernden Umstände hinweise, geltend gemacht, daß in der Praxis der Artikel nur dahin verstanden worden, daß der Richter bei Arbitrirung der Strafe auf die geminderte Zurechnung Rücksicht nehmen müsse. Wir erlauben uns auf den Fall an Mannkopfs Jahrbücher für die Criminalrechtspflege in Preußen 1. Bd. 2. Heft S. 199 hinzuweisen, wo das Ober-Appellations-Gericht einen Mann, der zum Selbstmorde eines Andern Beistand leistete, zu 2 Jahren Festung verurtheilte, indem es den §. 18 des Landrechts so auslegte, daß der Richter bei verminderter Zurechnung freies Ermessen habe.

Feuerbach vertheidigten unrichtigen Ansicht, mit der man vor etwa 50 Jahren meinte, durch scharf bestimmte Regeln und schroff im Gesetze bestimmte Kategorieen das Ansehen der Strafgesetze sichern zu müssen. Ein Ueberbleibsel dieser Ansichten sind die Vorschriften mancher Gesetzbücher über die Jugend als Minderungsgrund. Man ahmte (auch in dem preuß. Gesetzb. §. 43) dem Code pénal nach, indem nur bis zum 16. Jahre die Frage gestellt wird, ob der Angeschuldigte mit Unterscheidungskraft gehandelt habe, so daß nach dem 16. Jahre die Jugend die Strafe nicht mildern darf. Während schon die alte Rechtswissenschaft die Minderjährigkeit überhaupt als mildernd berücksichtigte, während deutsche Gesetzgebungen bis 21 Jahre[33]), andere bis zum 18. Jahre[34]), die italiänische Gesetzgebung bis zum 20. Jahre[35]), der neue belgische Entwurf[36]) bis zum 21. Jahre (wenigstens in Bezug auf die Todesstrafe) die Jugend als Milderungsgrund erkennen, muß der preußische Richter gegen einen jungen Menschen von 17 Jahren die gesetzlich gedrohte Todesstrafe erkennen[37]). Ein weiterer Grund, aus welchem einige Gesetzgeber den Milderungsgrund wegen verminderter Zurechnung nicht auf-

---

33) Braunschweigisches Gesetzbuch Art. 62. Die österreichische Straf-Prozeß-Ordnung §. 345 läßt gegen Personen unter 20 Jahren keine Todes- und lebenslängliche Strafe eintreten.

34) Thüringisches Gesetzbuch Art. 58.

35) Entwurf des päpstlichen Gesetzbuches art. 34. Der toskanische Entwurf art. 43 läßt bis zum 18. Jahre Milderung zu. Das sardinische Gesetzbuch v. 1839 §. 92 läßt die ordentliche Strafe nur bei Großjährigen (21 J.) zu, und erkennt mit (95) einer geringeren Strafe bei jedem unter 18 Jahren.

36) Entwurf art. 99.

37) Dies war in Frankreich schon öfter der Fall. Im J. 1827 sah der Verfasser in Paris einen 19jährigen jungen Mann wegen Mordes hinrichten. Wir wünschten, daß die Gesetzgeber damals die Stimmen der verständigen Männer gehört hätten.

nehmen, liegt in der irrigen Ansicht, als wenn eine getheilte Zurechnungsfähigkeit anerkannt werden sollte, während bei jenem Grunde nur die Richtigkeit der wissenschaftlichen Forschung[38]) anerkannt wird, daß das Bewußtseyn, auf dessen Wirksamkeit das Gesetz rechnet, wenn es den Verbrecher der vollen Strafe unterwerfen will, unendlicher Steigerung aber auch Herabsetzung, fähig ist, und zwischen dem Zustande, bei dessen Annahme das Gesetz volle Verantwortlichkeit ausspricht, und demjenigen, der die Zurechnung ausschließt, unendlich viele Abstufungen bemerkbar sind, welche die Verschuldung verschieden bestimmen, daß vorzüglich bei Seelenstörungen durch Hallucinationen, durch noch nicht völlig ausgebildete Krankheiten, durch die Fälle, in welchen in den sogenannten hellen Zwischenräumen der Wahnsinnige Verbrechen begeht, durch Taubstummheit, Blödsinn, Trunkenheit Zustände herbeigeführt werden, in welchen auch das gesetzliche Minimum oder die absolut gedrohte Strafe nicht angewendet werden kann, ebenso wie in den Fällen, wo ein Zwang, jedoch nicht völlig aufhebend, auf den Angeklagten wirkte, oder die That in einem Zustande verübt wurde, wo Schlaflosigkeit, Gemüthsanstrengung und Berauschung zusammenwirkten[39]). Wenn man in Preußen behauptete, daß von Geschwornengerichten die Vorschrift unausführbar wäre, so lehrt die Erfahrung von Baiern[39 a]), Würtemberg, Hessen, Braunschweig, daß die Frage an die Geschwornen häufig gestellt wurde, und gut sich bewährte; daß die Geschwornen nicht

38) S. auch Stahl Philosophie d. Rechts II. Bd. S. 140. Baumeister Bemerkungen zur Strafgesetzgebung S. 69. 106.

39) Merkwürdiger Fall in der österreichischen Gerichtszeitung 1851 S. 854.

39 a) Nach den uns vorliegenden Tabellen bejahten im Königr. Baiern in den Jahren 1849, 50, 51 die Geschwornen die Frage über Daseyn geminderter Zurechnung in 51 Fällen; die Verhandlungen lehren, daß diese Wahrsprüche wohl gegründet waren.

selten die Frage wegen Unzurechnungsfähigkeit verneinten und die eventuelle Frage wegen verminderter Zurechnung bejahten, und dabei in dem Volksrechtsbewußtseyn volle Billigung fanden, indem sonst die nachtheilige Lage eingetreten wäre, einen keineswegs gänzlich Unzurechnungsfähigen von Strafe freisprechen, oder gegen die Ueberzeugung die volle Schuld anerkennen und das Eintreten einer ungerechten Strafe herbeiführen zu müssen[40]). Wir bitten zu beachten, daß eben nach der Erfahrung in Hannover[41]) der Nachtheil des Mangels gesetzlicher Gestattung des fraglichen Milderungsgrundes sich zeigte.

IV. Die Gestattung der Strafe wegen des Daseyns mildernder Umstände überhaupt anzunehmen, kann entweder so vorkommen, daß A) das Gesetz nur bei bestimmten Verbrechen diesen Milderungsgrund anerkennt, B) oder allgemein bei allen Verbrechen aufstellt. Dies letzte System liegt der französischen Gesetzgebung seit 1832, der belgischen seit 1849[42]) und im neuen Entwurfe der neuen österreichischen Gesetze[43]) (jedoch nicht auf die Fälle ausgedehnt, in welchen Todesstrafe gedroht ist), dem braunschweigischen Gesetzbuche Art. 62), dem mecklenburgischen Entwurfe jedoch nur bei Vergehen, deren höchstes Strafmaaß 5 Jahre nicht überschreitet[44]), zum Grunde. Das Erste ist in dem hannoverschen Gesetzbuche[45]) und im neuen

40) Die Motive zu dem neuen baier. 1851 den Kammern vorgelegten Entwurfe des Strafgesetzbuchs zu Art. 94 rechtfertigen dadurch auch die Aufstellung des Milderungsgrundes.

41) Ein hannoverscher Praktiker, Justizrath Meyer, hat in der jurist. Zeitung für Hannover 1850. Art. 19. S. 295 ꝛc. sehr gut gezeigt, daß die Gestattung des Milderungsgrundes wegen verminderter Zurechnung nothwendig sey.

42) Nypels in der Zeitschrift XXII. S. 397.

43) Oesterreichische Straf-Prozeß-Ordnung v. 1850. §. 346.

44) Erachten über die Einführung eines Criminalgesetzbuches in Mecklenburg S. 47. 144.

45) Darüber meine Schrift: die Strafgesetzgebung II. S. 141.

preußischen Gesetzbuche angenommen[46]). Aus der Vergleichung der Verhandlungen über das Gesetzbuch[47]) bemerkt man, daß man vorzüglich mit Berücksichtigung der angeblich unerfreulichen Erfahrungen in Frankreich das dort seit 1832 gewählte System für bedenklich hielt, daß in der Commission der zweiten Kammer zwar gegen die beschränkte Auffassung Bedenken sich erhoben, allein zuletzt die Kammern dem Entwurfe, der nur bei einzelnen Verbrechen Milderungsgründe zuließ, zustimmten, jedoch den Kreis der Fälle, in denen die mildernden Umstände anerkannt werden durften, erweiterten. — Wir können der Ansicht des preußischen Gesetzbuches nicht zustimmen; wir haben gewissenhaft geprüft, durch Vergleichung der Commissionsberichte Gründe aufzufinden, aus welchen die Gesetzgeber bei einigen Verbrechen Milderungsgründe zu berücksichtigen gestatteten, und bei andern dies ausschlossen. Wir erfahren nur, daß bei einigen Verbrechen die gestellten Anträge auf einen Zusatz wegen mildernder Umstände verworfen wurden, z. B. bei der zweifachen Ehe, weil man erklärte, daß sonst leicht die Ansicht von einer geringeren Immoralität des Verbrechens und eine allzu laxe rich-

---

46) Wegen mildernder Umstände darf die Strafe herabgesetzt werden (d. h. das Gesetz droht eine geringere Strafe): Art. 63 (bei Verabredung zum Hochverrath), 64. 65. 66 (bei Vorbereitungshandlungen zum Hochverrath), 68 (bei Tragen der Waffen gegen Preußen), 74. 76 (Majestätsbeleidigung), 79 (feindliche Handlungen gegen fremde Regenten), 102 (Beleidigung von Körperschaften), 153 (Injurien wenn Erwiederung vorkam), 156 (Verleumdung), 187 (Körperverletzung), 216 217. 218 (Diebstahl), 227 (Unterschlagung), 237 (Hehlerei), 241 (Betrug), 259. 260 (Betrunkenheit). Auffallend ist es, daß in einigen Fällen (74. 76) nach der Drohung der gewöhnlichen Strafe beigefügt ist: in minder schweren Fällen (mit Drohung einer geringeren Strafe), und dann es heißt: aber mildernden Umständen.

47) Goltdammer Materialien S. 944 ff. Beseler Commentar S. 24. 32 ff.

terliche Praxis befördert werden könne[48]). — Nach unserer mehr als vierzigjährigen Beobachtung der Rechtsübung in Europa muß anerkannt werden, daß bei jedem Verbrechen die Schuld in unendlich vielen Abstufungen vorkommt, die selbst in einer außerordentlichen Combination der Umstände eintreten können, daß diejenigen, welche Strafgesetze vorschlagen oder sie berathen, wenn sie redlich sein wollen, zugeben müssen, daß sie in dem vorliegenden Falle an Festsetzung der Strafdrohung nicht dachten. Die Gerechtigkeit aber fordert, daß Jeder nur die seiner Verschuldung entsprechende Strafe leide. Erkennt die Gesetzgebung die verminderte Zurechnung gehörig als einen Milderungsgrund allgemein an, so ist schon viel geschehen; allein gewiß ist es, daß dadurch nur den subjectiven Milderungsgründen Rechnung getragen wird[49]), während offenbar auch objective Milderungsgründe vorkommen[50]) und einzelne als Minderungsgründe anerkannte Umstände in einzelnen Fällen eine solche Stärke gewinnen, oder so viele solcher einzelnen Gründe, von denen jeder für sich nicht genügen würde, durch ihr Zusammentreffen die Verschuldung so herabdrücken können[51]), daß das gesetzliche Minimum unverhältnißmäßig hart seyn würde, daher auch

---

48) Oft verwirft die Commission den Antrag mit der Erklärung im Berichte, daß sie dafür halte, daß selbst in mildernden Fällen die gedrohte Strafe gerecht sey; Gründe aber erfährt man nicht.

49) Der Berichterstatter des Ausschusses der zweiten Kammer in Baiern erklärt zu Art. 90 — 94 (worin die verminderte Zurechnung als Milderungsgrund vorkommt) seine Ueberzeugung, daß man mit diesen Fällen nicht ausreiche.

50) Erachten über den mecklenburg. Entwurf S. 47.

51) Daher genügt auch die Aufstellung des Grundes der verminderten Zurechnung nicht, weil oft viele Zustände zusammentreffen können, so daß durch die auf das Daseyn eines bestimmten Zustandes gestellte Frage nicht geholfen werden kann.

neue Gesetze[52]) und Schriftsteller[53]) es noch für nöthig halten, neben dem Milderungsgrunde wegen verminderter Zurechnung noch den allgemeinen Milderungsgrund wegen Zusammentreffens mehrerer Gründe für nothwendig erachten. Dadurch, daß das preußische Gesetzbuch den Milderungsgrund der verminderten Zurechnung nicht aufgenommen hat, setzt es sich in die Lage, daß in einer Reihe von Verbrechen, bei denen das Strafgesetz den Zusatz der mildernden Umstände nicht aufgenommen hat, die Gerichte genöthigt sind, die unverhältnißmäßig und so materiell ungerechte Strafe auszusprechen, während der Grund einer beginnenden Seelenstörung, Blödsinn in geringerem Grade, Trunkenheit in gleicher Art, Zwang und Einschüchterung, ohne daß die Zurechnung ganz aufgehoben ist, in dem Falle vorliegt; die Gefahr wächst in Preußen noch, da man *über das 16te* Jahr hinaus der Jugend keinen mildernden Einfluß giebt und die Taubstummheit[54]) im Gesetze nicht besonders berücksichtigte. Am schlimmsten zeigt sich dies, da in Preußen nicht selten absolut bestimmte Strafen und hohe Minima, vorzüglich bei der entehrenden Zuchthausstrafe, gedroht sind, so daß diese Strafe in Fällen ausgesprochen werden muß, in denen nach den besonderen Umständen des Falles eine entehrende Strafe ungerecht ist. Der Nachtheil wird sich besonders auch in Fällen zeigen, in welchen nur der Versuch des Verbrechens eines Andern vorliegt. Das preußische Gesetzbuch hat, im Widerspruche mit der seit dem Mittelalter in der Praxis und in der Gesetzgebung aller deutschen Staaten anerkannten Ansicht, und an dem

---

52) Braunschweig. Gesetzb. und die hamburg. Entwürfe.

53) Baumeister Bemerk. S. 117. Geib Reform des deutschen Rechtslebens S. 152.

54) Warum hat man nicht die weise (durch die Erfahrung über den französ. Code für nöthig *befundene*) Bestimmung des belgischen *Entwurfs art. 106 aufgenommen*?

in Frankreich selbst schwer getadelten[55]) Grundsatze festhaltend, die Bestimmung aufgenommen (31. 34), daß der Versuch wie das Verbrechen selbst bestraft werden soll. Zwar wurde beigefügt, daß, wenn das Verbrechen mit Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht ist, der Versuch mit zeitigem Zuchthaus von mindestens 10 Jahren, und bei Theilnahme die nämliche Strafe, und wenn außerdem mildernde Umstände hergestellt sind, Gefängniß von 2 bis 10 Jahren eintreten soll. — Wir erinnern daran, daß in den Ländern, in welchen das Minimum der Versuchsstrafe im Gesetze sehr hoch gestellt war, die Erfahrung den großen Nachtheil solcher Bestimmungen lehrt, und daß die Criminalisten vorschlugen, kein Minimum bei Versuch zu drohen. Jeder Praktiker weiß, wie bei dem Versuche so häufig ein völlig untaugliches Mittel gebraucht, oder das Verbrechen an einem Gegenstande, an dem dasselbe nicht verübt werden kann, begangen wird: für Fälle dieser Art, haben andere Gesetzbücher geringere Strafen gedroht; das preußische Gesetzbuch wollte darüber nichts bestimmen, es wollte der Doctrin die Entscheidung überlassen[56]); voraussichtlich werden die preußischen Praktiker dem ungeheuren Widerstreit der Ansichten der Wissenschaft, nicht selten der strengen Theorie, welche Bestrafung fordert, zustimmen, und dann ist das Gericht genöthigt, z. B. wenn der zum Morde Entschlossene aus Irrthum Zucker statt Gift gab, mindestens Zuchthaus von 10 Jahren anzuwenden. Ohnehin giebt es so viele Fälle, in welchen die Antwort auf die Frage: ob Anfang der Ausführung vorliegt, sehr schwierig ist, und wo das Minimum von 10 Jahren offenbar zu hart

---

55) Hélie theorie II. p. 17 — 20. Rossi III. p. 10. Boitard leçons de droit criminel p. 54. S. die treffliche Auseinandersetzung in dem Berichte zu dem neuen belgischen Entwurfe.

56) Beseler Comment. S. 144. Goltdammer S. 272 — 74.

ist, während das Volksrechtsbewußtseyn entschieden einige jedoch mildere Strafe verlangt.

Vergleicht man aber die einzelnen Verbrechen, bei welchen das preußische Gesetzbuch keine mildernden Umstände zu berücksichtigen gestattet, so ist es nicht schwierig nachzuweisen, daß dadurch häufig unverhältnißmäßig harte Strafen veranlaßt werden.

1) Wenn bei dem Hochverrath (61) Todesstrafe unbedingt gedroht ist, so ist unberücksichtigt geblieben, daß eben bei diesem Verbrechen in der Richtung die Staatsverfassung zu ändern, wo in aufgeregten Zeiten die Bewegung allgemein sich verbreitet, so häufig eine Einschüchterung und Zwang wirkt, wodurch auch der Nichtverdorbene genöthigt werden kann, sich anzuschließen, oder Waffen zu geben, oder Stellen anzunehmen, oder an Versammlungen sich zu betheigen, oft um größeres Uebel abzuwenden, oft von den der Ordnung treu ergebenen Bürgern aufgefordert, um nicht den Aufrührern Alles zu überlassen. Soll hier unnachsichtlich auch bei sehr geminderter Verschuldung Todesstrafe eintreten, so ist dies ungerecht.

2) Wenn im Art. 70. Nr. 5 Todesstrafe Jedem gedroht wird, der feindliche Spione aufnimmt oder verbirgt, so dürfte nicht unbeachtet bleiben, daß eben hier auch durch Zwang und Furcht, aber auch durch menschliche Motive des Mitleidens[57]), die Handlung sehr gemildert werden kann.

3) Bei Widersetzung, um einen Beamten zur Unterlassung einer Amtshandlung zu zwingen, ist das in §. 90 gedrohte Minimum von 3 Monaten zu hoch, wenn man

---

57) Der Verfasser kennt den Fall, wo im Kriege in Tyrol ein Baier, zu dem ein Tyroler kam, der, wie sich ergab sein Verwandter war, von dem Tyroler als Spion gebraucht, aber von den heranstürmenden französischen Soldaten entdeckt wurde und in Lebensgefahr war, den Spion verbarg, um ihn zu retten. Der Baier war ein seinem Vaterlande treu ergebener Mann.

12) Das preußische Gesetzbuch §. 250 droht der Urkundenfälschung im Minimum 5 Jahre Zuchthaus; kein Zusatz wegen mildernder Umstände ist beigefügt, und diese Lücke wird zu großen Härten führen, wenn man die Fälle erwägt, in denen zwar dem Buchstaben nach Fälschung vorliegt, aber theils der Betrag sehr unbedeutend ist, theils die gewinnsüchtige Absicht mehr eine mittelbare und die Handlung eine ohne allen möglichen Schaden für Andere vorgenommene war [78]).

13) Bei der Brandstiftung, der (§. 285) im Minimum 10 Jahre Zuchthaus gedroht ist, wird die Weglassung der mildernden Umstände zu sehr harten Strafurtheilen führen, in allen Fällen in welchen der Schade nur ein geringer seyn konnte, entweder wo die Absicht mehr Muthwille, oder der Gegenstand ein solcher war, daß dessen Anzündung, durchaus auf keine Art das Feuer anderen Gebäuden mittheilen konnte [79]), oder wo rechtzeitige thätige Reue [80]) des Thäters alle Gefahr abwendete. Noch verdient die wichtige Frage Erörterung: ob die Frage über das Daseyn mildernder Umstände in der Allgemeinheit, wie sie in Frankreich den Geschwornen vorgelegt, nicht viel mehr speciell auf diejenigen Thatsachen gerichtet werden soll, welche als Grund zur Annahme eines mildernden Um-

---

78) Darum hatte das badische Gesetzbuch §. 423 in leichteren Fällen eine Arbeitshausstrafe bis 2 Jahre gedroht und in §. 426 Milderungsgründe zugelassen; auch das thüringische Gesetzbuch §. 263 macht milde Strafe möglich.

79) Daher nahm das badische Strafgesetzbuch Art. 550 einen Milderungsgrund an; das thüring. Gesetzbuch Art. 163 bedroht milde die Fälle, in denen die Absicht des Brandes nur darauf ging, Andere zu schrecken.

80) Alle neuen Gesetze, z. B. §. 561 des badischen Gesetzbuches, 167 des thüring., erkennen die Reue als großen Milderungsgrund; das neue österreichische Gesetz vom 17. Januar 1850 Art. VII. nimmt selbst die thätige wirksame Reue als Strafaufhebungsgrund an.

standes vorgelegt wurden. Mit Recht[81]) hatte man das erste Verfahren gebilligt, weil sonst das Gesetzbuch, was unzweckmäßig gewesen wäre, die einzelnen Umstände, die es als mildernd berücksichtigen lassen will, aufführen mußte; weil den Geschwornen die freie Prüfung der Verschuldung überlassen werden muß; weil es oft nicht ein oder zwei einzelne Gründe sind, welche die mildere Strafe rechtfertigen, sondern das eigenthümliche Zusammentreffen vieler Gründe den Eindruck macht, daß die sonst eintretende Strafe zu hart ist, und weil bei Geschwornen die Abstimmung über einzelne Gründe zu manchen Störungen geführt haben würde[82]).

81) Goltdammer, Materialien S. 42.

82) In diesem Sinne ist auch eine gut motivirte Anweisung des Ministeriums in den preuß. Justizministerialblättern 1852 Art. 6. S. 47 enthalten.

X.

Ueber die praktische

Begründung des Strafrechts

und

das Verhältniß desselben zur Gesetzgebung.

Von

Herrn Alexander Kraus,

Hofgerichtsadvokat in Darmstadt.

Niemand wird verkennen, daß unsere Zeit unendlich Vieles für die Theorie des Strafrechts geleistet hat. Dennoch ist neuerdings wissenschaftlich und überzeugend nachgewiesen worden, daß jede Theorie des Strafrechts nur ein Phänomen sey, welches von dem folgenden Luftgebilde wieder verdrängt werde[1]).

Die neueren Gesetzgebungen in Deutschland haben sich bemüht, das Richtige, was sich in allen Theorieen finde, herauszuziehen und auf eine praktisch fruchtbare Weise zu benutzen.

Worin liegt der Grund dieser Unbestimmtheit und Unsicherheit, in welcher man glauben sollte, daß entweder die Praxis keiner Theorie bedürfe, oder daß sie aus der Mehrzahl in einem dunklen Gefühl den Grundsatz schöpfen

---

1) Berner im Archiv des Criminalrechts 1845. S. 144 fgg. über die begriffsmäßige Vereinigung der relativen Theorieen *mit* der absoluten, vergl. S. 163 — 171.

könne, in welchem sie grade bei dem Strafrecht die Pflicht der Gerechtigktit zu erfüllen im Stande sey?

Die Gerechtigkeit ist die Fahne, unter welcher sich die Jünger und Meister des Rechts scharen, was in dem Zweck der Sache, Gerechtigkeit zu üben, das Unrecht wie den im Innern des Körpers nagenden Wurm zu vermeiden, seine tiefe Begründung findet.

Zwar muß von der so bezeichneten Gerechtigkeitstheorie anerkannt werden, daß sie die Strafe auf die vergangene Handlung gründet und daß sie die Schuld dieser Handlung in der Strafe versöhnt, daß sie das Ungerechte widerspricht, was alle relativen Theorieen jede in ihrer Art mit sich führen, daß sie die Möglichkeit gerecht zu seyn nicht ausschließt.

Warum befriedigt sie das Bedürfniß nicht, in welchem die Erörterung dieser Frage bis zu ihrem letzten Grund stets von Neuem wiederum und wiederum hervorgerufen wird?

Die Erfahrung, welche sich bei dem Verfasser auf eine 16jährige praktische Laufbahn gründet, zeigt in einzelnen Anwendungen die Fehler einer herrschenden Richtung, und die Hoffnung, den Gedanken der Versöhnung zwischen Theorie und Praxis in der Anwendung zu begründen, hat den Verfasser zu Resultaten geführt, die mit dem herrschenschenden Geist des Strafrechts zum Theil in einen offenen Kampf treten.

Die Natur des Gegenstandes als eines unmittelbar praktischen ist indessen geeignet, die Erfüllung der Aufgabe wenigstens zum großen Theil ganz ähnlich der Erfüllung des täglichen Berufs zu behandeln.

In dieser Uebung wird es gerechtfertigt seyn, ein weniger geübtes Gebiet, das ausschließlich der Theorie anzugehören scheint, mit einer neuen Idee zu betreten.

§. 1.

Das Strafrecht im System des Rechts.

Wir finden häufig die Bemerkung, daß das Strafrecht und das Obligationenrecht zwei sehr getrennte Theile des Systems seyen[1a]). So leicht es auch ist, das Obligationenrecht im System aufzufinden, so schwierig ist diese Aufgabe für das Strafrecht.

Die Römer sagen[2]):

Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinent vel ad res vel ad actiones.

Es ist nicht zweifelhaft, daß sie die Strafe als einen Theil des Rechts anerkannt haben, weßhalb sie nothwendig in diesem System gefunden werden kann. Wir pflegen die Strafe in das öffentliche Recht einzureihen, womit indessen dem System nicht Genüge geleistet wird. Wollte man zugeben, daß es nur ein öffentliches Strafrecht gebe, wovon doch die actio injuriarum als dem Privaten für seine Person zustehendes Recht das Gegentheil nachweist, so haben ja die Römer ein öffentliches Strafrecht überhaupt ebenso wie wir gehabt. Es muß also insbesondere auch dieses Recht sich entweder beziehen auf die Personen oder auf die Sachen oder auf die Klagen.

Wir dürfen annehmen, daß das Strafrecht bei uns von dem System des Rechts getrennt worden ist, was sich selbst praktisch nachweisen läßt.

1a) v. Löhr Theorie der culpa §. 2. vergl. Hugo Lehrbuch des civilistischen Cursus B. 2. S. 545; B. 4. S. 197. Er sagt hier: „wer den Andern widerrechtlich beschädigt, der ist ihm Ersatz schuldig." Dagegen sagt das preußische Landrecht Tit. 20. Th. 2. §. 7: „Wer durch eine freie Handlung Jemandem widerrechtlich Schaden zufügt, der begeht ein Verbrechen —". Siehe auch Thibaut Lehrbuch der Geschichte und Institutionen des römischen Rechts §. 193. §. 143.

2) *Gaj.* Inst. 1. §. 8 — §. 12. J. 1, 2. (de jur. nat.) Fr. 1. *Dig.* 1, 5 (de stat. hom.).

Um das Recht der Strafe theoretisch zu begründen, hat man sich einen Begriff der Strafe aus der Erfahrung abstrahirt und hat diesen Begriff zur Grundlage der ganzen Untersuchung genommen[3]). Es ist dies bis in die neueste Zeit nicht aufgefallen[4]), so daß dieses Verfahren auch für eine absolute Theorie keinen Anstand gefunden hat[5]). Unmöglich läßt es sich aber zugeben, daß wir auf diesem Wege über das Wesen und den Grundcharakter der Strafe eine Ueberzeugung gewinnen. Ja wenn wir von dem richtigen Begriff ausgingen, so könnten wir doch zu einem Bewußtseyn über diesen zufälligen Fund so wenig gelangen, als wir den Ursprung eines verborgenen Schatzes kennen, den wir von ungefähr entdecken. Wir können dies insbesondere auf den mit der Strafe verbundenen Begriff als eines **Uebels** anwenden.

Würde es Jemand gelingen, einen Rechtsbegriff zu construiren, in welchem ein Recht auf ein Uebel begründet wäre, so würden wir in diesem Falle eine Ueberzeugung von diesem Begriff gewinnen können. Wenn aber Jemand sagt: 1) die Strafe ist ein Uebel, 2) die Strafe ist ein Recht; so wird sich philosophisch ein Grund davon 3) in einem Uebel von selbst finden, so daß dann rückwärts die Uebelthat — maleficium — als der Grund einer Uebelthat sich darstellt. Ueber den Begriff der Strafe selbst soll damit auch nur negativ nichts gesagt seyn, wiewohl wir nach dem Resultat unserer Untersuchung gerne bekennen, daß wir die Begriffe von Recht und Uebel nicht zu vereinigen vermögen.

---

3) **Feuerbach** Revision I. insbesondere S. 2 — 5. **Tafinger** im juridischen Archiv. Tübingen 1804. Bd. 4. H. 4. S. 583. §. 18.

4) **Freytag** die Concessionalgerechtigkeitstheorie Kap. 1 u. 2.

5) **Köstlin**, neue Revision S. 809, bemerkt, daß die Erörterung Feuerbachs (Not. 3) eben so gut an der Spitze einer absoluten Theorie stehen könne.

Wir finden im römischen Recht nur eine Andeutung, in welcher aus dem Gegensatz von Belohnung und Strafe[6]) der Begriff eines Uebels abgeleitet werden könnte. Allein es ist das nur eine philosophische und zudem trügerische Betrachtung. Die Belohnung, wenn sie nicht etwas Zufälliges ist, gründet sich auf ein Recht, welches Demjenigen zusteht, welcher die Belohnung empfängt. Wenn sie eine Wohlthat enthält, so läßt sich nicht umgekehrt hieraus auf ein Uebel schließen, das in der Strafe liegen soll. Ohnehin hat die Wohlthat in der Belohnung nur etwas Zufälliges, es ist also der umgekehrte Schluß auf die Strafe als etwas in dem Wesen derselben Gelegenes um so weniger gerechtfertigt. Hoch erhaben über beiden, der Wohlthat und dem Uebel, steht das Recht in seiner Begründung und seiner nothwendigen Anerkennung.

Seneca sagt zwar von der Strafe: **medetur specie nocendi**[7]). Er hat auch den Satz von Plato: **nec homini nocebimus, quia peccavit, sed ne peccetur, nec unquam ad praeteritum sed ad futurum poena refertur**[8]). Wenn es denn seyn müßte, Jemand zu schaden, so würde die Wahl, ob es zu dem Zweck geschehe, damit er in Zukunft sich hüte, oder auf den Grund, weil er gefehlt hat, nicht schwer fallen. Daß aber die Auffassung des Begriffs der Strafe a priori als eines Uebels geeignet ist, eine wahrhafte Verirrung der Gedanken hervorzurufen, davon giebt die Ansicht eines der größten Philosophen[9]) Zeugniß, welcher den Verbrecher für vogelfrei erklärt[10]); was nur insofern natürlich ist, als ein rechtlo-

---

6) Fr. 1 §. 1. Dig. 1, 1 (de just. et jur.).
7) de ira I, 5.
8) I, 16. II, 31. vergl. Abegg die verschiedenen Strafrechtstheorieen S. 100—101. Not. 107.
9) Fichte Grundlage des Naturrechts Th. 2. §. 20. (Sämmtliche Werke. Berlin 1845. 3. B. S. 260.)
10) Vergl. auch Rotteck Lehrbuch des Vernunftrechts I. S. 257.

ser Zustand vorausgesetzt werden muß, um Jemand wehe zu thun.

Sowie wir also überhaupt vermeiden müssen, bei der Untersuchung über die Begründung des Strafrechts den Begriff der Strafe mitzubringen, so müssen wir auch insbesondere von dem Begriff eines Uebels wenigstens vorerst Umgang zu nehmen suchen, wovon uns auch keine Auctorität[11]) abhalten kann.

Wir müssen also, um zu dem positiven Resultat zu gelangen, die Strafe im System des Rechts aufsuchen. Auf diese Weise erlangen wir den Vortheil, daß wir uns die Richtigkeit in dem Ergebniß unserer Untersuchung versichern. Es sind nur die zwei Fälle möglich: entweder wir finden im System des Rechts die Strafe, oder wir finden sie nicht. Von diesem Ausgang ist abhängig, ob die Strafe einen Bestandtheil des Rechts bildet oder nicht. Daran knüpft sich noch der weitere Vortheil, daß, wenn wir die Strafe im System des Rechts gefunden haben und das Wesen und der Grundcharakter derselben dadurch begriffsmäßig sich darstellt, ohne Rücksicht darauf, ob die Begründung vollständig gelungen ist oder nicht.

§. 2.

Ueber die praktische Begründung des Strafrechts.

Wenn es richtig wäre, daß das Strafrecht die tiefere Bedeutung hätte, im Lauf der Zeit der Ausdruck, die Verwirklichung einer Vernunftidee und Forderung gewor-

---

11) Hugo Grotius jus bell. et pac. II. 20. 4. und fast alle folgenden Schriftsteller. Welcker die letzten Gründe S. 127 — 128. Abegg im Archiv des Criminalrechts 1845 S. 262 fgg. Unter den wenigen Ausnahmen vergl. Trummer in seinen und Hudtwalcker's criminalistischen Beiträgen III. 2. S. 123—126.

den zu seyn[1]), dann könnte das Strafrecht praktisch nicht begründet werden. Es hat aber als Recht an und für sich gar keine Existenz. Die Strafe ist die Folge eines Vergehens, das ist allgemein anerkannt. Das Verbrechen ist also die Ursache und die Strafe die Wirkung. Es wird ebenso anerkannt, daß das Verbrechen ein Unrecht ist, wovon wir nur wissen, daß es in einer Handlung besteht. Wir können aber nicht wissen, was ein Verbrechen ist, wenn wir nicht zuvor ein Recht kennen, an welchem ein Verbrechen zu begehen möglich wird.

Dieses Recht, wenn es existirt, hat an sich ein selbstständiges Daseyn, und nur wenn es verletzt wird, gelangt das Strafrecht in diesem besondern Falle zu seiner Existenz.

Der Streit, ob die Strafe eine Rechtsverletzung voraussetze, konnte nicht entstehen, so lange das Verbrechen als ein Unrecht anerkannt war. Wie wäre ein Unrecht denkbar, wenn das Recht nicht verletzt ist. Es kommt nur darauf an, den Gegenstand des Rechts richtig aufzufassen.

Ebensowenig läßt sich anerkennen, daß es nicht nothwendig sey, immer ein bestimmtes, am wenigsten einer bestimmten Person zustehendes Recht zu verletzen[2]). Sowie überhaupt kein Recht gedacht werden kann, welches nicht einer bestimmten Person zusteht, so ist die Existenz des von Jemand behaupteten Rechts und daß es ihm zustehe nur eine und dieselbe Thatsache[3]).

Die Begründung des Strafrechts als eine rein praktische Aufgabe scheint hiernach vollständig nachgewiesen zu seyn.

---

1) So sagt z. B. Abegg im Lehrbuch §. 34 Anmerk.
2) Abegg im Lehrbuch §. 63. §. 100.
3) Bethmann-Hollweg Versuche S. 83. Puchta Vorlesungen über das heutige römische Recht II. S. 285: „Jedes Recht setzt zu seiner Existenz ein Subject voraus."

Ueber das verursachte Unrecht wird Beschwerde geführt und an diese Beschwerde die rechtliche Wirkung in der Form der Strafe geknüpft.

Hiernach vermögen wir am wenigsten in derjenigen Rechtsverletzung die Ursache der Strafe zu finden, in deren Folge eine Störung eintritt, die entweder gar nicht oder doch nur unvollständig wieder aufgehoben werden kann. An die Stelle des Rechts würde dadurch ein Wächter für die der größeren Gefahr ausgesetzten irdischen Güter bestellt, dessen Beruf grade dann eintreten soll, wenn seine Wachsamkeit eingeschläfert[4]) war. Da er aber die Störung nicht beseitigen kann, worin soll nun sein Beruf im Recht bestehen?

Die Lösung der praktischen Aufgabe bietet die nicht häufige Erscheinung, daß das Recht, welches dem verbrecherischen Unrecht zu Grunde liegt, ein so unzweifelhaftes ist, daß es selbst im prozessualischen Verfahren nicht in Streit gezogen zu werden pflegt. Findet sich auch in sofern kein regelmäßiges praktisches Bedürfniß zur Begründung jenes Rechts, so läßt sich doch die faktische Frage seiner Verletzung nur unter Voraussetzung eines vollständigen Rechtsbewußtseyns beurtheilen.

So lange indessen alle einzelnen Strafgesetze mehr nicht sind, als einzelne Emanationen einer Idee, die im Ganzen nicht aufgefaßt worden ist[5]), so lange bietet die Lösung der Aufgabe einen wissenschaftlichen Reiz. Dieser Zustand läßt sich bis heute nicht widersprechen, indem jedes Verbrechen in sofern ein geschlossenes Ganzes für sich bildet, als die drei Fragen sich wiederholen und besonders beantwortet werden: nach welchem Strafgesetz die Handlung

---

4) Vergl. z. B. Preuschen Versuch über die Begründung des Strafrechts S. 67.

5) Tafinger a. a. O. S. 579. §. 12. vergl. Berner im Archiv 1849. S. 448.

zu beurtheilen ist, wie sich danach sein eigenthümlicher Thatbestand herausstellt, und endlich welche Strafe ihm durch das specielle Strafgesetz bestimmt ist[6]).

Bei Erfüllung der hier bezeichneten Aufgabe ist die Zahl der Strafrechte von der Zahl der Rechtsgründe bedingt, wie es die nothwendige Einheit des wissenschaftlichen Grundsatzes erfordert.

§. 3.

Ueber den Rechtsgrund der Strafe.

Obwohl es der wissenschaftlichen Form entsprechen würde, unserer Untersuchung den obersten Grundsatz des Rechts überhaupt zu Grunde zu legen, um von diesem Standpunkt die Störung desjenigen Gegenstandes im Rechtsbegriff nachzuweisen, dessen Wiederherstellung zur thatsächlichen Anerkennung des Rechts Dasjenige nöthig macht, was Strafe genannt zu werden pflegt; so möge es uns einmal gestattet seyn, auf eine empirische Weise dem Rechtsgrund der Strafe nachzuforschen.

Wer das Recht zu strafen für sich in Anspruch nimmt, der muß von Jemand beleidigt worden seyn. Er verlangt von dem Beleidiger Genugthuung; er will das Unrecht, welches ihm dieser verursacht, von diesem versöhnt haben; er will, daß ihm der Beleidiger sein Recht thatsächlich anerkenne.

Welches ist dieses Recht?

Die Möglichkeit des Rechts wird bedingt durch die gegenseitige Anerkennung der Persönlichkeit. Auf dieser Grundlage beruht mit der durch sie gebotenen gegenseitigen Achtung der Person die Möglichkeit des rechtlichen Nebeneinanderbestehens[1]).

---

6) Marezoll das gemeine deutsche Criminalrecht §. 56. vergl. Abegg Lehrbuch §. 55.

1) Abegg im Lehrbuch §. 287.

Der mit Anerkennung der Persönlichkeit verbundene Wille bildet den Inhalt des Rechts: — die Person ist die Form, der Wille die Materie.

Die Persönlichkeit objectiv ist die Möglichkeit, subjectiv die Fähigkeit des Rechts — status [2]).

Es ist merkwürdig, daß derselbe Gedanke, welcher in der Literatur des Civilrechts als etwas Unbestreitbares festgehalten, in der Literatur des Strafrechts umgangen und widersprochen wird [3]).

Die Persönlichkeit ist auf das Daseyn des Menschen gegründet und sie begreift in der Freiheit als ihrem Gegenstand die Gesammtheit aller denkbaren Befugnisse.

Der römische Bürger hat seine existimatio.

Hier haben wir den einheitlichen Begriff des der Injurie zu Grunde liegenden Rechts, und es ist vor Allem festzuhalten, daß der Begriff der bürgerlichen Ehre und der bürgerlichen Freiheit sich nicht unterscheiden lasse [4]).

Dieselbe Sache hat zwei verschiedene Bezeichnungen, deren Gebrauch dadurch verschieden ist, daß der Gegenstand des Rechts vorzugsweise dann als die bürgerliche Ehre bezeichnet zu werden pflegt, wenn das Recht als verletzt, sein Gegenstand als gestört vorausgesetzt wird [5]). Ohne diese Voraussetzung wird vorzugsweise der Rechtsgrund der Freiheit die Persönlichkeit genannt [6]).

Verschieden hiervon ist die Ansicht, welche von dem selbstständigen Begriff einer auf den präsumirten Werth des Menschen sich gründenden und durch einen guten Namen bedingten gemeinen Ehre ausgeht [7]).

---

2) Vergl. Feuerbach civilistische Versuche I. S. 182. v. Löhr Magazin für Rechtswissenschaft IV. S. 2—3.
3) §. 2.
4) Vergl. Abegg Lehrbuch §. 287. Heffter Lehrbuch §. 296.
5) Cicero pro Caec. c. 12.
6) Callistratus fr. §. 1. Dig. 50, 13 (de extraord. cog.).
7) Feuerbach im Lehrbuch §. 272. 273.

Von den Anwendungen des römischen Rechts[8]) sind insbesondere hervorzuheben die bürgerliche Ehre des Wahnsinnigen, des Pupillen[9]) und der hereditas[10]), in welchen die hier vertheidigte Ansicht ihre wesentliche Unterstützung findet.

Es würde auch schwierig werden, eine Theorie über die angebliche Präsumtion ihrer Entstehung und rechtlichen Begründung nach aufzustellen, zumal die Präsumtion durch die Ueberzeugung des Publikums, daß sich Jemand durch eine Handlung der gemeinen Achtung unwürdig gemacht habe, wieder soll umgestoßen werden können. Es würde selbst die Consequenz nicht leicht zu vermeiden seyn, daß die Rechtsfähigkeit überhaupt auf der mehrerwähnten Präsumtion beruhe: eine Ansicht, die in einer diesem Gegenstand gewidmeten, durch ihre treffliche Arbeit ausgezeichneten[11]) Schrift sich auch ausgesprochen findet[12]).

Es möchte kaum nöthig seyn, aus der Erfahrung hervorzuheben, nach welcher zum Zweck der Störung der bürgerlichen Freiheit der Urheber dieses Unrechts sehr häufig des der verletzten Person am empfindlichsten Mit-

---

8) Vergl. z. B. Feuerbach a. a. O. §. 275 (1). Seine unrichtige Voraussetzung hat ihn zu dem Resultat geführt, daß die Darstellung aller Verletzungen dieses Rechtsbegriffs nach römischem Recht eine Curiosität für das deutsche Recht sey, wobei zu dem Worte injuria besonders bemerkt werden muß, daß Feuerbach grade hauptsächlich solche Beispiele anführt, die insbesondere von der Störung der bürgerlichen Freiheit handeln, daß er aber alles Dasjenige, was die Römer sonst unter injuria überhaupt verstehen — vergl. Hasse die culpa des römischen Rechts S. 56—59 — hier wesentlich nicht hervorhebt. Ueber die Ansicht Feuerbach's vergl. Mittermaier im Lehrbuch §. 271 Not. II.

9) Fr. 3. §. 1. Dig. 47, 10 (de injur. et fam. lib.).

10) Fr. 1. §. 6. Dig. eod.

11) Neues Archiv des Criminalrechts B. 4. S. 108 Not. *

12) Walter daselbst §. 2 a. E. „Ehre ist nichts anderes wie die *Rechtsfähigkeit*, welche auf der präsumirten Würdigkeit eines *Menschen* beruht."

tels sich bedient, diese verachtungswürdig darzustellen und ihr den guten Namen abzuschneiden.

In Absicht auf den Begriff der bürgerlichen Ehre ist dies ohne Bedeutung. Sie ist nichts anderes als die bürgerliche Freiheit: libertas, insbesondere in der Anwendung auf den römischen Bürger: existimatio [13]). Eine zweite Bedeutung von existimatio läßt sich bei den Römern nicht nachweisen [14]).

Untersuchen wir hiernach, wie das Recht verletzt, wie sein Gegenstand, die bürgerliche Freiheit, gestört wird, so ergiebt sich, daß diese Störung nur durch eine Handlung eintreten kann, daß aber die Frage, ob das Recht durch eine bestimmte Handlung verletzt ist, nicht blos meistens [15]) sondern immer [16]) eine factische Frage ist, welche nicht aus einem abstracten Begriff, sondern nur aus einer concreten Beurtheilung beantwortet werden kann. Der in der Handlung ausgedrückte Wille muß grade die Pflicht, die Persönlichkeit anzuerkennen, verletzen [17]).

Es ist nicht zweifelhaft, daß diese Rechtsverletzung die unmittelbare Ursache einer obligatio ist: eines zwischen

---

13) Vergl. auch Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht §. 43. Die grade entgegengesetzte Ansicht siehe bei Feuerbach Revision I. S. 82 Not. *. Marezoll bürgerliche Ehre S. 5 hat noch die unbestimmte Bemerkung: „Aber worin das Wesen der bürgerlichen Ehre bestehe, ist bei der Injurie nur Nebenfrage" (?); vergl. dagegen dessen Criminalrecht §. 116.

14) A. M. ist Mittermaier im Lehrbuch von Feuerbach §. 271. Not. II. Rein das Criminalrecht der Römer S. 356.

15) Vergl. Feuerbach im Lehrbuch §. 287 (1).

16) Fr. 52. §. 8. Dig. 44, 7 (de obl. et act.). Beispiele der Anwendung siehe Tit. Dig. 47, 10 (de inj. et fam. lib.). Marezoll Criminalrecht §. 117. S. 357 (1). Heffter a. a. O. §. 299. 300, woselbst nur „beispielsweise" eine Zusammenstellung versucht ist.

17) Fr. 2. §. 1. Dig. 47, 10 (de inj. et lib. fam.) „— cum enim injuria ex affectu facientis consistat, consequens est dicere —"

zwei Personen geknüpften Bandes, dessen Wesen darin besteht, daß es gelöst werden muß[18]).

Wir müssen die causa obligationis näher betrachten.

Die Möglichkeit des rechtlichen Nebeneinanderbestehens ist durch die gegenseitige Achtung der Person bedingt. Wenn man sich das unkörperliche Gebiet der Freiheit in einer mathematischen Figur versinnlicht und bringt eine zweite Figur damit in Verbindung, so daß sich beide Figuren berühren oder decken, so scheint die Störung und ihr Umfang sinnlich dargestellt. In diesem Gegenstande, weil er gestört ist, liegt der Grund des rechtlichen Bandes, welches deßhalb nothwendig gelöst werden muß. Es ist eine obligatio, quae re[19]) contrahitur, die eben deßhalb die Nothwendigkeit mit sich führt, den Gegenstand des Rechts wieder zu lösen. So ist der Grund[20]) und der Zweck[21]) dieser obligatio auf seine Einheit zurückgeführt; er findet sich in der bürgerlichen Freiheit, insbesondere bei dem römischen Bürger[22]), also in der existimatio.

Die verursachte Störung hat der Urheber dieses Unrechts rechtlich verwirkt, und die verletzte Person hat einen vollkommenen Anspruch, daß ihr Recht thatsächlich anerkannt wird.

So ist die necessitas libertatis[23]) solvendae durch die rechtsverletzende Handlung Desjenigen, welcher die Störung verursacht hat, unwiderlegbar begründet.

---

18) pr. J. 3. 4 (de oblig.).

19) Fr. 4. Dig. 44, 7 (de oblig. et act.). Gaj. Inst. III. §. 182. pr. J. 4, 1. Fr. 25. §. 1. Dig. 44, 7.

20) Fr. 1. §. 4. §. 6. Dig. 47, 10 (de injur. et lib. fam.), cf.

21) Fr. 7. pr. Dig. eod. fr. 1 pr. Dig. 25, 4 (de inspic. ventr.).

22) Wegen c. 10. Cod. 2, 12 (Ex quib. causs. inf. irrog.) cf. fr. 15. §§. 35—44. Dig. 47, 10 (de inj. et fam. lib.). Fr. 2 pr. Dig. 1, 6 (de his qui sui vel alieni jur.).

23) Die Auslegung von fr. 9. 8. 2. Dig. 40, 7. (de statib.) würde hier zu weit abführen, cf. Cicero pro Caec. c. 12.

§. 4.

Die thatsächliche Anerkennung der verletzten Persönlichkeit.

Die Erfüllung der obligatorischen Verbindlichkeit, welche der Urheber des Unrechts vermöge seiner rechtsverletzenden Handlung übernimmt, ist mit Schwierigkeiten verbunden, aus welchen sich die Verlegenheit bei ihrer theoretischen Darstellung erklärt.

Der Stoff, welcher uns vorliegt, besteht in der Freiheit Desjenigen, der das Unrecht verursacht hat.

Die Freiheit ist ein theilbarer Gegenstand. Aus dem Verhältniß des römischen Bürgers, des Peregrinen und des Sklaven läßt sich dies nachweisen, und der kleinste Theil der Freiheit besteht in irgend welcher rechtlichen Handlung [1]).

In dem Maaß, in welchem der Urheber des Unrechts die Freiheit der verletzten Person gestört hat, in demselben Maaß ist er verpflichtet, seine Freiheit zu beschränken oder aufzuheben.

Durch diese Handlung wird das obligatorische Band gelöst. Die Möglichkeit des rechtlichen Nebeneinanderbestehens wird verwirklicht, der Rechtsbegriff wird thatsächlich zur Anerkennung gebracht.

Es ist also die Frage zu beantworten [2]): wie wird die mit Unrecht gestörte Freiheit in der Anwendung des Rechts mit der Freiheit bezahlt?

---

1) Fr. 6. §. 2. Fr. 7. Fr. 8 pr. Dig. 48, 19 (de poen.) „— aut alicujus actus prohibitionem." Hier zeigt sich eine richtige Seite des Gedankens von Zachariä Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechts S. 44, 40 Bücher vom Staat (1840) IV. S. 346—347, wiewohl die Einwendungen gegen die Auffassung — Welcker a. a. O. S. 204, Bauer Warnungstheorie S. 297 — ebenso begründet erscheinen, als sein eigner Schluß auf das jus talionis unbegründet ist.

2) Vergl. Abegg die verschiedenen Strafrechtstheorieen S. 60.

Der Beantwortung dieser speciellen Frage muß eine allgemeine Beantwortung darüber vorausgehen, wie überhaupt eine Störung wiederhergestellt, ein verletztes Recht zu r thatsächlichen Anerkennung gebracht wird.

Die Bemerkung, daß eine Handlung weder an sich noch in ihrem Erfolge ungeschehen zu machen sey, geht auf alle Handlungen überhaupt; sie beschränkt sich nicht auf das Gebiet gestörter Freiheit[3]). Bleiben wir insbesondere bei der Obligation stehen, so ist es nicht zweifelhaft, daß jede Obligation gelöst werden kann; denn es besteht grade ihr Wesen darin, daß das geknüpfte Band gelöst werden muß.

Die Erfahrung lehrt, daß bald der Schuldner den Stoff nicht besitzt, den er zahlen muß; daß bald dem Gläubiger mit demselben Stoff die Störung nicht aufgehoben werden kann, an welchem diese Statt gefunden hat.

Jedenfalls würde die Obligation dadurch niemals gelöst werden, daß dem Schuldner der Stoff, wenn er ihn besitzt, eben so gestört werde, wie er mit Verletzung des Rechts das fremde Gut gestört hat.

Deßhalb entsteht die Frage, ob der Gläubiger mit demselben Stoff, an welchem die Störung Statt gefunden hat, wieder befriedigt werden kann, oder nicht. Von der Kunst das Recht zu pflegen muß diese Frage beantwortet werden. Wir wollen dieselbe deßhalb in ihrer concreten Anwendung auffassen und sie insbesondere auf die gestörte Freiheit beschränken.

Die Freiheit ist die unzertrennliche Begleiterin der Person, sie kann weder vergrößert noch vervielfacht werden und bildet an sich keinen Gegenstand des Verkehrs.

---

3) Hepp über die Gerechtigkeits- und Nutzungstheorieen des Auslands bemerkt gegen Rossi:
„Das Eine ist den Göttern selbst verwehrt,
Das was geschehn ist ungeschehn zu machen."
Aristoteles Ethik B. 6. C. 5.

Die Frage muß also verneint werden.

Der Erfahrung nach ist es nicht zu widersprechen, daß dieser insbesondere bei der gestörten Freiheit eintretende Fall bei allen Gegenständen des Rechts, wiewohl aus verschiedenen äußeren Gründen, der gewöhnliche ist.

In der Geschichte des römischen Prozesses finden wir die Einrichtung, daß alle Klagen in dem Theil der Formel, welcher condemnatio heißt, nicht auf den gestörten Stoff, sondern auf etwas Anderes, was denselben repräsentirte, gerichtet werden mußte[4]).

Wir erhalten hierdurch zwei verschiedene Stoffe: den einen den gestörten, den andern mit der Bestimmung, die Störung wieder aufzuheben.

Dadurch bildet sich von selbst die Aufgabe, die beiden Stoffe in ein relatives Verhältniß zu einander zu bringen. Die mathematische Erfüllung der Aufgabe setzt voraus, daß beide Stoffe auf eine gemeinschaftliche Einheit zurückgeführt werden, um in einer geometrischen Gleichung aus der gegebenen Störung die unbekannte Größe ihrer Aufhebung zu finden. Diese Aufgabe pflegt im täglichen Verkehr des Lebens erfüllt zu werden, ohne daß Jemand im Stande ist, von der mathematischen Einheit sich eine Rechenschaft zu geben, auf welcher das Verhältniß beruht, in welchem sich die beiden Stoffe befinden müssen. Die Frage: welches ist die mathematische Einheit, auf welcher das Verhältniß z. B. eines Sklaven zu dem Gelde beruht, das statt des Sklaven bezahlt wurde? konnte auch bei den Römern nur im täglichen Verkehr beantwortet werden.

In dieser Betrachtung sind wir der Erfüllung der Aufgabe insbesondere in der Anwendung auf die gestörte Freiheit

4) Gaj. Inst. 4, 48. S. insbesondere den Schluß der Stelle „— sed *aestimata re* pecuniam eum condemnat" (judex).

in sofern näher gerückt, als die Freiheit keinen Gegenstand des Verkehrs bildet. Wir können also in dieser besonderen Anwendung den Verkehr nicht benutzen, um die Aufgabe zu erfüllen. Da der Schuldner durch die Störung der Freiheit des Gläubigers seine eigene nothwendig beschränkt hat und in der Beschränkung der Freiheit des Schuldners die Befriedigung des Gläubigers liegt; so läßt sich aus diesem Stoff nach der Sitte und Bildungsstufe eines Volks eine Form ausprägen, die nach ihrer Begründung und Bestimmung auf gleicher Linie mit dem Gelde steht, um als Zahlungsmittel die Obligation zu lösen. Die beiden Formen der Zahlungsmittel sind so nahe mit einander verwandt, daß insbesondere bei der actio injuriarum aestimatoria nur noch durch den Gegenstand der Obligation der Unterschied festgehalten werden kann. Dieser Unterschied darf nirgends aufgehoben werden.

Die Römer, obgleich sie das Strafrecht im System nicht abgeschlossen hatten, obgleich sie das damnum injuria datum unter den Delicten aufzählten, haben diesen Unterschied überall festgehalten[5]).

Wir untersuchen hiernach zunächst, auf welche Weise der die Obligation lösende Stoff in der Form des Geldes

5) Callistratus fr. 5 pr. Dig. 50, 13 (de extraord. cog.) „— aut de re pecuniaria disceptatur, aut de existimatione alicujus cognoscitur —". Cicero pro Cluent. 43. Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset, vergl. Birnbaum im neuen Archiv 8. S. 416 (66). Die Behauptung Rein's im Criminalrecht der Römer S. 359, daß die Injurie als obligatio ex delicto in das Gebiet des Civilrechts gezogen worden sey beruht auf einem Standpunkt, der den Römern fremd ist. Dieser Standpunkt findet sich auch bei Savigny in dessen Auslegung der Stelle von Cicero pro Caec. 12. vergl. das Recht des Besitzes §. 7. Daß die Aufstellung der Injurie als obligatio ex delicto auf dem Edict beruhe — Rein a. a. O. — beruht wohl nur auf einer Verwechselung mit der actio injuriarum aestimatoria.

ausgeprägt wird, um danach den Weg zu der andern Form zu finden, in welcher der Schuldner seine Freiheit beschränkt.

Es läßt sich nicht bestreiten, daß die Schätzung von den obligatorisch verbundenen Personen ausgehen kann und ein Vertrag unter ihnen über die Größe dieser Schätzung möglich ist, wovon der Grund darin liegt, weil sie das Geld in ihrem Verkehr haben. Fehlt es aber an diesem Uebereinkommen, so wird nach Vorlage der Schätzung von Seiten des Gläubigers[6]) stets ein judicium rei aestimandae causa[7]) nothwendig, in welchem der Richter die Schätzung vornimmt, wobei er sich auf den gerichtlichen Verkehr gründet[8]).

Wählt aber der Gläubiger die Form des Geldes nicht, dann fehlt es an einem Stoff des Verkehrs, weßhalb ein Vertrag der obligatorisch verbundenen Personen nicht denkbar und deßhalb unbedingt ein judicium rei aestimandae causa nothwendig ist, in welchem das Maaß der rechtlichen Beschränkung der Freiheit nach dem Umfang der Störung gefunden wird.

Wir ziehen also das Resultat: in dem einen Fall kann die Schätzung von den obligatorisch verbundenen Personen ausgehen, in dem andern Fall muß das zur Wiederherstellung des gestörten Guts berufene Organ, der Richter, die Schätzung vornehmen.

§. 5.

Das Strafrecht.

Aus den bisherigen Erörterungen läßt sich das Wesen der Injurie und der in ihr enthaltenen Strafe entwik-

---

6) Paulus Coll. leg. Mos. et Rom. II. 6. §. 1.

7) Bethmann-Hollweg Versuche S. 265 — 270. Fr. 25. §. 2. Dig. 9, 2 (ad leg. Aquil.). Fr. 6. §. 2. Dig. 42, 2. (de conf.).

8) Gaj. Inst. III. §. 224. Sed cum atrocem injuriam Praetor aestimare soleat — judex quamvis possit vel minoris damnare propter ipsius Praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem; *cf.* Coll. leg. Mos. et Rom. II, 2.

keln. Bevor wir hierauf eingehen, wollen wir das dem Privaten in seiner Individualität zustehende und begründete Recht auf die fingirte Persönlichkeit des Staats anwenden, wodurch wir den Begriff des Strafrechts erschöpft und begrenzt zu haben glauben.

Sowie wir das der Injurie zu Grunde liegende Recht auf das Daseyn der Person gegründet haben, ebenso muß dasselbe auf der Individualität des Staats beruhende Recht mit der Existenz des Staats begründet seyn. Wollen wir zur Begründung des Rechts den Staat mit dem Individuum in eine vergleichende Betrachtung ziehen, so müssen wir uns darauf beschränken, wie beide in ihr Daseyn gerufen werden. Das Leben selbst, das Staaten- wie das Menschenleben, hat seine zufällige Seite, weßhalb das Bild der Wirklichkeit in der Anwendung des Rechts wie eine bunte Karte sich darstellt.

Sehen wir ab von einem abstracten Begriff des Staats, weil es sich nicht davon handelt, was die Aufgabe des Staats seyn sollte, sondern davon, wie dieselbe in concreto erfüllt worden ist; so finden wir im römischen Recht den status rei Romane[1]), mit welchem, wie die existimatio des römischen Bürgers, die amplitudo et majestas populi romani verbunden war[2]). Der Wille dieser fingirten Person ist positiv ausgesprochen in seinen Gesetzen[3]). In diesem Gebiet wird das seiner Freiheit, seiner Ehre[4])

---

1) Fr. 1. §. 2. Dig. 1, 1 (de just. et jur.) §. 4. J. 1, 1. eod.

2) Vergl. die von Roßhirt angeführte Stelle des Ferratius: „Perduellionis reus erat, qui libertatem populi romani quoquo modo imminuisset." — Archiv des Criminalrechts XI. S. 396. cf. Cicero pro Caec. 12. Marezoll bürgerliche Ehre S. 7.

3) Vergl. die von Mühry bei seinem Vorwort zur Uebersetzung des englischen Strafrechts und Strafverfahrens benutzte Stelle von Cicero: mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus.

4) Welcker a. a. O. S. 253: „Es ist die öffentliche Nichtachtung des Rechts u. Staats eine wahre Ehrverletzung desselben.'

als auf einer nothwendigen Fiction beruhende **begründet**, weßhalb das seine Persönlichkeit darstellende Organ deßhalb, **weil** ihm das Recht zusteht solches auch auszuüben, der bürgerlichen Gesellschaft verpflichtet ist. Diese Existenz des Staats kann ebenso wie die des Individuums durch eine Handlung von außen gestört werden, in welchem Fall ebenso wie bei dem Individuum eine thatsächliche Anerkennung des Rechts nothwendig wird, um die Störung wieder aufzuheben, die sich an dem Willen zeigt, welcher aus dem im Körper lebenden Geist hervorgeht. Die rechtliche Existenz ist nur unter dieser Voraussetzung denkbar. In einen Begriff läßt sich die äußere, die Störung verursachende Handlung so wenig wie bei der Injurie auffassen, und es muß diese Frage immer[5]) nach der Thatsache beantwortet werden, ob der durch die Handlung bekundete Wille ihres Urhebers vermöge seiner Richtung den Willen des Staats verletzt. In diesem Fall enthält die Handlung wie die Injurie eine **Verneinung** des Rechts, welche an dem Bestand der bürgerlichen Gesellschaft eine Beschädigung deßhalb verursacht, weil die Existenz des Staats auf eine Nothwendigkeit sich gründet, weßhalb die Handlung an ich als ein Verbrechen sich darstellt.

Da das Bestehen des Staats in seinen einzelnen Einichtungen und das Princip der Störung auf seiner Existenz ruht, so muß der Umfang der Störung aus dem Verltniß ermittelt werden, in welchem die Existenz des Staas in die gestörte Einrichtung einbedungen ist. Handlun, die vermöge der Richtung ihres Willens überall und s als Verbrechen sich darstellen, giebt es deßhalb nur oweit, als die Existenz des Staats durch eine einzelne richtung überall und stets bedingt ist.

Fr. 52. §. 8. Dig. 44. 7 (de oblig. et act.), vergl. C. C. C. Art. 150.

Der Grund des Strafrechts liegt hiernach in dem maleficium oder in der Missethat, welche das obligatorische Band knüpft, das durch die Beschränkung der Freiheit ihres Urhebers, wie bei der Injurie, gelöst wird.

Für das römische Recht ist es insbesondere erheblich, den Gedanken in judiciis publicis[6]) nachzuweisen. So wie z. B. „furti tenetur" nichts anderes bedeutet als: „furti se obligarit"; so heißt auch z. B. „lege Cornelia tenetur" nichs anderes als: „lege Cornelia obligatur"[7]). Seneca[8]) sagt: „Venenum illud dando scelere re obligavit." Servius[9]) sagt: „ — qui enim crimini tenetur obnoxius poena eum pristina liberat obligatione."

In der neueren Zeit findet sich der Gedanke isolirt[10]), ohne daß jedoch in einer Theorie zur Begründung des Strafrechts davon Gebrauch gemacht worden wäre. Das Strafrecht wird also obligatorisch begründet und ist juris vinculum, quo necessitate adstringimur libertatis solvendae secundum nostrae civitatis jura, ohne daß wir nöthig haben, die Worte: alicujus rei solvendae in die Worte: alicujus poenae sustinendae[12]) umzuwandeln; gegen welche Aenderung auch der Begriff von Verbrechen spricht, welcher in wesentlicher Uebereinstimmung mit der gegenwärtigen Ausführung früher gegeben wurde. Harprecht[13]):

---

6) Die crimina extraordinaria sind ausdrücklich auf eine injuria publica gegründet: fr. 1. pr. Dig. 47, 10 (de extraord. crim.).

7) Fr. 30. Dig. 48, 10 (de leg. Corn. de fals.), cf. fr. 1. §. 1. ibid. „— societatem coierit ad obligationem innocentium."

8) De constantia sapientis C. VII. cf. Bynkershoek obs. jur. Rom. Lib. III. cap. X.

9) Ad Aeneidem X. 32. vergl. Welcker a. a. O. S. 139.

10) Birnbaum im neuen Archiv B. 9. S 375 fgg.

11) cf. pr. Inst. 3, 4 (de oblig.).

12) Birnbaum a. a. O. S. 376.

13) Tractatus criminalis (1609) pag. 4 — 5. cf. 697 — 700.

Delictum[14]) (Ludovico Bebioue hic definitore) es factum aut dictum, quo quis alterum contra jus laedit, laesoque ad resarciendam jacturam et ac poenam persolvendam obligatur[15]).

§. 6.

Verbrechen und Strafe.

Wir sind nun im Stande aus den seitherigen Erörterungen den Begriff von Verbrechen und Strafe zu schöpfen, und glauben insbesondere die Aufgabe erfüllt zu haben, in welcher das Verbrechen als die Ursache der Strafe erscheint, wobei aber auch nicht übersehen werden darf, daß Ursache und Wirkung in einer unzertrennlichen Verbindung stehen. Wenn wir also wissen, was Verbrechen ist, dann haben wir auch das Wesen der Strafe. Es ist aber unmöglich, durch die Strafe das Verbrechen zu schaffen. Injurie und Verbrechen beruhen wesentlich auf demselben Begriff. Dieses muß, die Injurie kann verfolgt werden, und hiernach enthalten beide eine Beschränkung der Freiheit, die gegen den Urheber der Handlung rechtlich und nothwendig ist, weil diese Handlung das Gebiet der Freiheit widerrechtlich gestört hat.

Der Rechtsgrund, nach welchem die Handlung beurtheilt wird, ist bei dem Individuum überall derselbe, wenn sich die mit der Handlung verbundene Willensrichtung zufällige äußere Umgebungen sich anknüpft. Bei dem Staat ist er überall und stets veränderlich und muß aus Geschichte der Verfassung und den Einrichtungen des Staats nach dem Zeitpunkt der Handlung begründet werden. Verbrechen und Strafe sind in ihrem innersten Wesen gleich. Die Handlung des Verbrechers schließt den

---

Davon sagt er: „est duplex, publicum et privatum" pag. 5.
cf. Gilhausen Arbor. judic. crim. pag. 75.

zu erschöpfen. So wenig die XII Tafeln dazu bestimmt waren, ebensowenig läßt sich insbesondere von den leges quaestionum solches behaupten. Die allmähliche Anordnung der verschiedenen Quästionen[4]) widerlegt an sich schon diesen Gedanken vollständig, wenn man nicht behaupten will, daß mit der letzten Quästio die Absicht verbunden gewesen sey, das Gebiet des Strafrechts damit zu erschöpfen und zu begrenzen. Wenn es auch in der Regel[5]) ohne lex keine quaestio gab, so ist doch der Gedanke, daß es ohne Straf-drohende lex kein Verbrechen gebe, ganz unbekannt geblieben. Die crimina extraordinaria würden dann jedenfalls außerhalb des Gebiets des Strafrechts liegen.

Die Compilation Justinians schließt den Gedanken ausdrücklich von sich aus[6]), und man kann nur sagen, daß die Verbrechen, welche in der Compilation nach ihrer äußeren Erscheinung nicht bezeichnet sind, dem Kaiser zur gerichtlichen Entscheidung vorbehalten wurden. Dieses Geständniß ist um so beachtenswerther, als Justinian überzeugt war, die Rechtswissenschaft bis an ihr letztes Ziel geführt zu haben[7]).

Verschieden von diesem irrigen Gedanken ist die positive Grundlage der staatlichen Einrichtung, auf welcher jedes Verbrechen beruht, unter deren Voraussetzung es allein gedacht werden kann. Im römischen Recht finden wir da-

4) Vergl. Geib Geschichte des römischen Criminalprozesses, insbes. S. 172—173. Dennoch findet sich die Vorstellung des in den leges quaestionum enthaltenen gesammten Criminalrechts S. 361, obwohl vorher zugegeben ist, daß allmählich für fast alle Verbrechen die Quästionen eingeführt worden seyen, S. 170.

5) Ueber Ausnahmen, welche vorgekommen sind, vergl. Mittermaier deutsches Strafverfahren I. §. 13. (21).

6) §. 18. c. Tanta.

7) §. 5. c. Omnem reipublic.

von beispielsweise das SC. Turpillianum[8]). Ein großer Theil dieses SC. beruht auf der von unserer völlig verschiedenen Organisation der Anklage, und er ist darum in soweit praktisch unbrauchbar, obwohl die thatsächlichen Voraussetzungen ebenso wie bei den Römern auch bei uns vorkommen können.

Auf dieser positiven Grundlage einer staatlichen Einrichtung und auf der Grundlage der im Staat anerkannten bürgerlichen Freiheit haben auch in Deutschland die Urtheile der Schöffen beruht, welche den Begriff des Verbrechens von einem Strafgesetz nicht abhängig gemacht haben[9]). Es ist insbesondere die Frage: was hat die C. C. C. in dieser Beziehung gethan?

Mit dem Begriff, den sie den ungelehrten Richtern über das strafrechtliche Verfahren[10]) giebt, damit nicht der Unschuldige gestraft werde und der Schuldige ungestraft bleibe[11]), verbindet sie die Satzungen etlicher Missethaten und Strafen, damit aus diesen Beispielen[12]) die Schöffen die Anwendung des Rechts erlernen möchten[13]) Weil aber alle zufälligen Handlungen nicht bedacht und nicht

---

8) Tit. Dig. 18, 16. Cod. 9, 45.

9) Vergl. Wächter Gemeines Recht in Deutschland S. 117. Zöpfl das alte Bamberger Recht S. 131—133.

10) Reichsabschied zu Freiburg v. 1498 „— ein gemein Reformation und Ordnung in dem Reich fürzunehmen, wie man in criminalibus procediren soll", Gerstlacher Corp. Jur. Germ. I. S. 324—325. 334.

11) Vergl. die Vorrede zur Bambergensis sowie zum I. und II. Project der C. C. C. sowie zu dieser.

12) Art. 104 C. C. C. in der Ueberschrift u. a. E. Gerstlacher a. a. O. Koch in der Ausgabe C. C. C. v. 1800. Vorrede S. 14.

13) „— Und damit Richter und Urtheiler die solcher Rechten nit gelernt seyn, mit Erkanntnuß solcher Straf destoweniger wider die gemelten rechten oder zulässige Gewohnheit handeln, so wird hernach von etlichen peinlichen Strafen, wann und wie die gedachten Recht guter Gewohnheit und Vernunft nach geschehen sollen, gesatzt."

beschrieben werden können, so sollen die Richter in allen andern peinlichen Fällen oder Anklagen sich Raths erholen[14]), wie in solchen unbenannten Fällen das Recht zu üben sey[15]).

Sowie hiernach die C.C.C. durch die Verweisung auf das römische Recht und durch die den Gerichten auferlegte Pflicht, den Rath der Rechtsverständigen einzuholen, auf jedem Blatt den Gedanken überhaupt von sich ausgeschlossen hat, daß das Strafrecht durch ein Strafgesetz bedingt sey, so hat sie auch hier insbesondere aus einer zufälligen Veranlassung den Gedanken ausdrücklich widersprochen. Beiläufig macht die C. C. C. darauf aufmerksam, daß die mit der Handlung verbundene Willensrichtung, und also bei einem Strafgesetz die Uebereinstimmung dieser Willensrichtung mit der Voraussetzung des Strafgesetzes, der Richter zu beurtheilen habe[16]), gleichviel ob das Gesetz, welches eine Handlung in Voraussetzung ihrer verbrecherischen Willensrichtung äußerlich darstellt, die Strafe bestimmt oder unbestimmt[17]) ausgesprochen hat. Wenn die Voraussetzung des Strafgesetzes zutrifft, alsdann will die C. C. C., daß die damit verbundene Wirkung ausgesprochen werde. Doch hat sie nicht übersehen, daß die Form der Strafe nach Zeit und Ort veränderlich ist, und hat dem Richter

14) Vergl. Art. 219 und Art. 110 der beiden Projecte.

15) Art. 105 C. C. C. Feuerbach ist von dem Gedanken ausgegangen, die C. C. C. „habe festsetzen wollen", welche Fälle peinlich zu strafen seyen. Revision II. S. 30—32. Die Schwierigkeiten, welche ihm dadurch entstehen, sucht er mit der Behauptung zu beseitigen, daß es die C. C. C. mit ihren Ueberschriften selten genau nehme, wovon die Redaction das Gegentheil nachweist.

16) Art. 104 „— eines guten rechtsverständigen Richters, so Gelegenheit und Ergernuß der Uebelthat ermessen kann —"

17) Art. 104. „— nach Ermessung eines jeden guten rechtsverständigen Richters als eben (siehe die vorige Note) geschrieben steht."

gegenüber dem Strafgesetz, enthalte es eine bestimmte oder unbestimmte Strafe, vorbehalten, wenn nach Gelegenheit der Zeit und des Orts die im Gesetz ausgesprochene Strafe nicht brauchbar ist, eine andere Form der Strafe im Recht zu finden und auszusprechen[18]).

Der Gebrauch, welcher allmählich von der C. C. C. gemacht wurde, steht im Zusammenhang mit der Aufnahme der Compilation Justinians, der von dem praktischen Recht keine andere Vorstellung hatte, als daß es, mit Ausnahme der ihm selbst vorbehaltenen Lücken, aus seinem Gesetzbuch nur gleichsam abgeschrieben würde. Sein Glaube von dem letzten Ziel der Rechtswissenschaft ist insbesondere auf die Strafrechtswissenschaft in Anwendung gekommen. In Folge hiervon hat sich das Strafrecht zu einer gelungenen Verschwörung gegen das Gesetz[19]) gestaltet. Es war ein trostloser Zustand[20]), welchem zuerst vor einem halben Jahrhundert entgegengetreten wurde. Gesetz und Wahrheit wurden unter dem Vorwand des Gesetzes gebeugt und die

---

18) Art. 104 „ – wann (d. h. dieweil) unser kaiserlich Recht etlich peinlich Straf setzen, die nach Gelegenheit dieser Zeit und Land unbequem und einstheils nach dem Buchstaben nit wohl möglich zu gebrauchen wären, darzu auch dieselben Recht, die Form und Maaß einer jeglichen peinlichen Straf nit anzeigen, sondern auch guter Gewohnheit und Erkanntnuß verständiger Richter befehlen und in derselben Willkühr setzen, die Straf nach Gelegenheit und Ergernuß der Uebelthat aus Lieb der Gerechtigkeit und um gemeines Nutzwillen zu ordnen und zu machen." Die in der C. C. C. gesetzten etlichen Strafen sind nur nach dem Muster des kaiserlichen Rechts, guter Gewohnheit und Vernunft nach, zur Belehrung aufgenommen (s. den Schluß des Art. 104) und machen ebensowenig Anspruch auf einen absoluten Cours, als die Strafe ihrer Quelle. Es ist übrigens zur Redaction des Art. zu bemerken, daß das II. Project die 2 Worte „unser kaiserliche Recht" in „unser kaiserlich Recht" — Art. 104 C. C. C. — umgewandelt hat; vergl. Bamberg. Art. 125. I. und II. Project Art. 110.

19) v. Almendingen Darstellung der rechtl. Imputation S. 7.

20) Köstlin a. a. O. S. 661.

zu erschöpfen. So wenig die XII Tafeln dazu bestimmt waren, ebensowenig läßt sich insbesondere von den leges quaestionum solches behaupten. Die allmähliche Anordnung der verschiedenen Quästionen[4]) widerlegt an sich schon diesen Gedanken vollständig, wenn man nicht behaupten will, daß mit der letzten Quästio die Absicht verbunden gewesen sey, das Gebiet des Strafrechts damit zu erschöpfen und zu begrenzen. Wenn es auch in der Regel[5]) ohne lex keine quaestio gab, so ist doch der Gedanke, daß es ohne Straf-drohende lex kein Verbrechen gebe, ganz unbekannt geblieben. Die crimina extraordinaria würden dann jedenfalls außerhalb des Gebiets des Strafrechts liegen.

Die Compilation Justinians schließt den Gedanken ausdrücklich von sich aus[6]), und man kann nur sagen, daß die Verbrechen, welche in der Compilation nach ihrer äußeren Erscheinung nicht bezeichnet sind, dem Kaiser zur gerichtlichen Entscheidung vorbehalten wurden. Dieses Geständniß ist um so beachtenswerther, als Justinian überzeugt war, die Rechtswissenschaft bis an ihr letztes Ziel geführt zu haben[7]).

Verschieden von diesem irrigen Gedanken ist die positive Grundlage der staatlichen Einrichtung, auf welcher jedes Verbrechen beruht, unter deren Voraussetzung es allein gedacht werden kann. Im römischen Recht finden wir da-

---

4) Vergl. Geib Geschichte des römischen Criminalprozesses, insbes. S. 172—173. Dennoch findet sich die Vorstellung des in den leges quaestionum enthaltenen gesammten Criminalrechts S. 361, obwohl vorher zugegeben ist, daß allmählich für fast alle Verbrechen die Quästionen eingeführt worden seyen, S. 170.

5) Ueber Ausnahmen, welche vorgekommen sind, vergl. Mittermaier deutsches Strafverfahren I. §. 13. (21).

6) §. 18. c. Tanta.

7) §. 5. c. Omnem reipublic.

von beispielsweise das SC. Turpillianum[8]). Ein großer Theil dieses SC. beruht auf der von unserer völlig verschiedenen Organisation der Anklage, und er ist darum in soweit praktisch unbrauchbar, obwohl die thatsächlichen Voraussetzungen ebenso wie bei den Römern auch bei uns vorkommen können.

Auf dieser positiven Grundlage einer staatlichen Einrichtung und auf der Grundlage der im Staat anerkannten bürgerlichen Freiheit haben auch in Deutschland die Urtheile der Schöffen beruht, welche den Begriff des Verbrechens von einem Strafgesetz nicht abhängig gemacht haben[9]). Es ist insbesondere die Frage: was hat die C. C. C. in dieser Beziehung gethan?

Mit dem Begriff, den sie den ungelehrten Richtern über das strafrechtliche Verfahren[10]) giebt, damit nicht der Unschuldige gestraft werde und der Schuldige ungestraft bleibe[11]), verbindet sie die Satzungen etlicher Missethaten und Strafen, damit aus diesen Beispielen[12]) die Schöffen die Anwendung des Rechts erlernen möchten[13]) Weil aber alle zufälligen Handlungen nicht bedacht und nicht

---

8) Tit. Dig. 18, 16. Cod. 9, 45.

9) Vergl. Wächter Gemeines Recht in Deutschland S. 117. Zöpfl das alte Bamberger Recht S. 131—133.

10) Reichsabschied zu Freiburg v. 1498 „— ein gemein Reformation und Ordnung in dem Reich fürzunehmen, wie man in criminalibus procediren soll", Gerstlacher Corp. Jur. Germ. I. S. 324—325. 334.

11) Vergl. die Vorrede zur Bambergensis sowie zum I. und II. Project der C. C. C. sowie zu dieser.

12) Art. 104 C. C. C. in der Ueberschrift u. a. E. Gerstlacher a. a. O. Koch in der Ausgabe C. C. C. v. 1800. Vorrede S. 14.

13) „— Und damit Richter und Urtheiler die solcher Rechten nit gelernt seyn, mit Erkanntnuß solcher Straf destoweniger wider die gemelten rechten oder zulässige Gewohnheit handeln, so wird hernach von etlichen peinlichen Strafen, wann und wie die gedachten Recht guter Gewohnheit und Vernunft nach geschehen sollen, gesatzt."

Ausübung dieser Kunst gelangte zu einer allgemein praktischen Anerkennung[21]).

Dürfen wir deßhalb unserem Streben nach Wahrheit und Gerechtigkeit einen größeren Werth beilegen?

Forschen wir nach der Quelle jener Erscheinung, so finden wir dieselbe in der irrigen Vorstellung über den Beruf des Gesetzgebers, durch den der Begriff des Verbrechens zuerst geschaffen, die Strafe zuerst geprägt werden soll. Wenn es ohne den Gesetzgeber kein Verbrechen und also keine Strafe gebe, so hätte derselbe keine Rechtfertigung den Begriff der Strafe zu schaffen, um daraus rückwärts auf die Ursache, das Verbrechen, zu schließen.

Dieses Gesetz ist willkührlich geschaffen worden, um es dann nach Willkühr zu umgehen.

Das Strafgesetz hat kein selbstständiges Daseyn. Dasselbe ist abhängig von dem ihm zu Grunde liegenden Rechtsbegriff und dessen Anwendung in der Einrichtung des Staats. Das Vorhandenseyn der staatlichen Einrichtung macht die verbrecherische Willensrichtung und dadurch den Begriff des Verbrechens möglich. Das Strafgesetz ist ferner abhängig von der ganzen Organisation eines Staats, ihrer Integrität und ihrer Ausführung, wodurch die Qualität und Quantität eines Verbrechens bedingt ist. Dasselbe ist endlich abhängig von dem Werth der Freiheit, der veränderlich ist nach der Bildungsstufe der Zeit, des Orts und des Volks, und der nur im gerichtlichen Verkehr seine Form und seinen Inhalt annehmen kann.

---

21) Malblank Geschichte der P. G. O. S. 249 sagt: „der verstorbene Meister zeigte in seinen peinlichen Erkenntnissen überall das menschenfreundliche Herz und besaß im hohen Grad die Stärke, seine überaus gelinden Gesinnungen mit den Gesetzen so schicklich zu vereinigen, daß man niemals eine gewaltsame Abweichung davon bemerkte und er doch seinen Endzweck erreichte"; vergl. Feuerbach Revision I. S. 206*; Wächter Gemeines Recht S. 129. Not. 164[b].

Der Gesetzgeber ist auch nicht im Stande, nur in einem bestimmten Zeitpunkt die ihm hier gesetzte Aufgabe zu erfüllen, das Strafrecht erschöpfend darzustellen. Er kann die staatlichen Einrichtungen in ein System aufnehmen, auch eine äußerliche Handlung beschreiben, durch welche ein Institut des Staats gestört wird. Er kann endlich unter Voraussetzung der verbrecherischen Willensrichtung die damit verbundene Strafe schon im Voraus für den Fall aussprechen, daß das Verbrechen wirklich eintritt. Aber unmöglich ist es, jede Handlung im Voraus äußerlich darzustellen, welche vermöge ihrer Willensrichtung zum Verbrechen wird.

Erwägt man, daß kein Gesetzgeber den Gedanken sich angeeignet hatte, erwägt man die steten Veränderungen im Staatsleben und insbesondere wie sie seit der C. C. C. eingetreten sind, erwägt man endlich die Unthätigkeit der Reichsgesetzgebung im Gebiete des Strafrechts; so ist es ebenso begreiflich als nothwendig, daß ein erborgter das ganze Strafrecht ergreifender Grundsatz in dem Streben nach Gerechtigkeit eine gänzliche Rechtsverirrung erzeugen mußte.

Feuerbach hat dem Strom der Zeit gegenüber das Gesetz um seiner selbst willen, nicht zur Umgehung desselben, zur Anerkennung zu bringen gesucht. Die allergefährlichste Willkühr hat er dem Geist der Strafgerichte entzogen, aber er hat das Uebel nach seiner äußeren Erscheinung zu heilen gesucht. Weil das Gesetz, wie es aufgefaßt war, gebeugt wurde, so hat er die Auffassung, nicht ohne Widerspruch [22]), philosophisch zu begründen gesucht, wobei er den Grund des Strafgesetzes aus einer zufälligen Folge desselben hergeleitet hat. Die Geschichte des Strafrechts hat er dabei nur wie ein abschreckendes Beispiel be-

---

22) Insbesondere v. Grolman Criminal-Rechtswissenschaft §. 13.

trachtet[23]). Die fast bodenlose theoretische Behandlung und ihr gegenüber seine Consequenz haben das Bedürfniß der Strafgesetzgebung zuerst erzeugt, das jetzt, nachdem wenigstens die Reichsgesetzgebung ihre durch äußere Zufälligkeiten veranlaßte Thätigkeit fast 3 Jahrhunderte im Wesentlichen eingestellt hatte, auf die Natur[24]) des Strafrechts gegründet wird.

Dieser Geist gehört zu den Elementen, von welchen die neueren partikulären Strafgesetzgebungen in den einzelnen Theilen Deutschlands zur Ausführung oder doch zur Vorbereitung gekommen sind. Was niemals da gewesen war, das sollte von Natur aus begründet seyn, deßhalb mußte es erst neu geboren werden. Das Organ der Reichsgesetzgebung war unterdessen seinem herannahenden Ende entgegengegangen, es ist also die partikuläre Gesetzgebung von diesem Geist ergriffen worden.

Wir müssen die Folgen untersuchen, die mit diesem irrthümlichen Grundgedanken verbunden sind.

Die Logik, in welcher das Recht beurtheilt werden muß, wird verdreht.

Der Jurist verlangt, daß ihm die Thatsache erzählt werde, dann schließt er mittelst seines Grundes auf das Recht. Deßhalb bildet in jeder Klage die Geschichtserzählung den Vordersatz, von welchem mittelst des Rechtsgrundes auf die Bitte der Klage geschlossen wird. Im Strafrecht soll umgekehrt das Gesetz den Vordersatz bilden, von welchem mittelst der Thatsache als einer Handlung auf die rechtliche Folge der Handlung zu schließen sey[25]).

---

23) Feuerbach im Lehrbuch §. 8. Anmerk.

24) Marezoll Criminalrecht S. 55. Köstlin a. a. O. S. 659. Koenigswaerter de juris criminalis placito: nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali, p. 122.

25) Vergl. Abegg im Lehrbuch §. 55. Anmerk.

Das Gesetz wird hierdurch zu einer Zwangsjacke, in welche die einzelnen Theile einer aus dem inneren Zusammenhange gerissenen Handlung nach ihrer zufälligen äußeren Erscheinung aufgenommen und als ein ungetrenntes Ganze behandelt werden. Was sich dieser Form nicht anpassen läßt, das hat für das mit ihm verbundene Unrecht und Verbrechen einen gesetzlichen Freibrief.

Der Richter hat den Beruf und die Aufgabe, den Werth der Freiheit in der Strafe auszuprägen und die Einheit beider durch seine Schätzung zu repräsentiren. Durch *jenen* Irrthum wird der Richter in den Glauben gesetzt, als ob im Gesetz die Einheit der Strafgröße bewahrt sey, die er aus bekannten Größen nur zu berechnen habe[26]).

Welche Folgen werden sich in der Zukunft an diesen Irrthum anknüpfen?

Wir dürfen voraussetzen, daß die ermüdenden Anstrengungen der Strafgesetzgebung gleichen Schritt mit dem Staatsleben zu halten im Laufe der Zeit sich wieder abspannen. Wie wenige Veränderungen im Staatsleben sind nöthig, um in einer Gesetzgebung etwas Aehnliches vorzufinden, wie im römischen Recht z. B. das SC. Turpillianum[27]) oder wie in der C. C. C. z. B. die Zauberei![28]) Wenn die Thätigkeit der Strafgesetzgebung in ihren Versuchen sich erschöpft, wenn sie sich überzeugt hat, daß die Erschöpfung des Strafrechts nicht erreicht werden kann, wenn

26) Gerstlacher a. a. O. I. S. 365 sagt: „Die öftere Verweisung auf den Rath der Rechtsverständigen — ist gewiß vernünftiger, als der in unsern Tagen geschehene Vorschlag, einen Tarif über die Verbrechen zu machen, nach welchem man mit dem Zirkel bestimmen kann, wie nahe oder wie weit jedes Verbrechen von der größten, mittleren und kleinsten Strafe entfernt sey, und die darüber entworfenen Tabellen und Risse."

27) Siehe oben.

28) Hier und auch sonst — vergl. Wächter Gemeines Recht S. 131 — hat selbst Feuerbach seine Consequenz verlassen, vergl. Revision II. S. 15. S. Hepp a. a. O. S. 6. Auch der *Thatbestand läßt sich* erweisen.

sie anerkennt, daß sie im Wesentlichen mehr nicht geleistet hat, als daß sie die gerichtliche Praxis ihrer Zeit in einer unbestimmten durch das Wesen der Gesetzgebung bedingten Form zusammengestellt hat; dann wird und muß der Begriff einer das Strafrecht bedingenden Strafgesetzgebung das Beispiel allmählich erneuern [29]), in welchem die strafrechtliche Praxis eine gelungene Verschwörung gegen das Gesetz bildet.

Wenn uns auf diese Weise die Garantie der bürgerlichen Freiheit verschwindet, welche mit dem Begriff der Strafgesetzgebung nur dann verbunden werden kann, wenn es möglich ist, das Strafrecht darin zu begrenzen und zu erschöpfen; so müssen wir fragen: worin können wir diese Sicherheit finden?

Auf dem begründeten Vertrauen in die Unparteilichkeit und in die Einsicht der strafrechtlichen Organe, *also* auf der Strafgerichtsverfassung, ruht die Garantie der bürgerlichen Freiheit [30]).

In der höchsten Blüthe der Freiheit des römischen Bürgers lag die Garantie derselben in der Verfassung der strafrechtlichen Organe [31]).

Das deutsche Institut der Schöffengerichtsbarkeit war mehr als jedes andere bei sorgfältiger Pflege geeignet, der bürgerlichen Freiheit die höchsten Garantieen zu bieten [32]).

Der Engländer, welcher mit Stolz auf seine bürgerliche Freiheit pochen kann, findet sie insbesondere in der großen und kleinen Jury gesichert.

---

29) Vergl. Köstlin a. a. O. S. 662. Wächter Gemeines Recht S. 122. Not. 155.

30) Heffter im Lehrbuch §. 19. Not. 4.

31) Zumpt über die persönliche Freiheit des römischen Bürgers und die gesetzlichen Garantieen desselben.

32) Zöpfl das alte Bamberger Recht S. 133.

Durch eine Betrachtung der Strafgesetzgebung in der alten respublica Romana und in dem neuen England [33]) wird die Frage, ob in einer das Strafrecht bedingenden Strafgesetzgebung eine Garantie der bürgerlichen Freiheit gefunden werden kann, ohne Präjudiz geprüft werden. Welche Sicherheit könnte darin liegen, daß in gleichen Verhältnissen ein Anderer gleich ungerecht gestraft, oder, daß in gleichen Verhältnissen gegen einen andern Verbrecher auch keine Strafe ausgesprochen wird [34]). Wenn es begründet wäre, daß die Unparteilichkeit und Unbefangenheit des Richters durch die concreten und insbesondere durch die persönlichen Verhältnisse eines gegebenen Falls gefährdet sey, so würde dadurch die Thätigkeit des Richters überhaupt eingestellt werden. Während wir aber glauben dem Irrthum oder gar der Willkühr des Richters das Strafgesetz als einen Schild entgegenhalten zu können, so ist dadurch grade dem Richter Gelegenheit gegeben sich selbst hinter diesem Schild zu täuschen oder gar zu verbergen in der doppelten Richtung, um einen Schuldigen ungestraft ausgehen zu lassen oder einen Unschuldigen zu strafen.

Die Strafgesetzgebung als Garantie der bürgerlichen Freiheit betrachtet verbreitet einen täuschenden Schein. Sie kann zu diesem Zweck so wenig dienlich seyn, als dem Arzt gegenüber für unsere Gesundheit in einem Receptirbuch irgend eine Garantie gewonnen wird. In dieser Richtung ist sie entweder überflüssig oder zwecklos und kann in jedem Falle schädlich werden.

---

33) Vergl. Mittermaier im Neuen Archiv 9. S. 528 fgg. Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung I. Nr. 2 und 11. VIII. Nr. 5. X. Nr. 13. Siehe in der Ausgabe Feuerbach's §. 5. d. (39) Mühry's Uebersetzung v. Stephen's Strafrecht und Strafverfahren 1843.

34) Nach Mittermaier im Lehrbuch §. 74. Not. I. ist das Strafgesetz „der Ausdruck des Willens des Gesetzgebers, wie weit er von dem Strafrecht Gebrauch machen will.“

Der Richter ist der Träger seines Urtheils, er hat es in seiner thatsächlichen Begründung und seiner nothwendigen Schlußfolgerung zu vertreten, und die bürgerliche Freiheit wird gefährdet, wenn ihm Gelegenheit gegeben ist seine Fehler mit dem Gesetz zu bedecken.

Unvollendet wie diese Arbeit ist mag sie in der Ueberzeugung hinausgehen, daß wenn der Gedanke auf welcher sie ruht nur einen Funken von Wahrheit enthält, derselbe geeignet ist, in der Ausführung viele dunkle Theile des Strafrechts zu erleuchten und praktische Irrthümer zu vermeiden. Möge der Wille, den Stoff des Rechts zugleich frei zu beherrschen und zugleich dem Gesetz zu dienen und zu gehorchen, diesen Blättern eine wohlwollende Aufnahme versichern.

XI.

Ueber
den Begriff der Unterschlagung.

Von
Herrn Adv. Paul Grohmann
in Dresden.

Einleitung.

Der Aufsatz des Hrn. Professor Hepp in Nr. XXII des Archivs von 1850 über den Begriff, Umfang und Eintheilung der Unterschlagung gab bereits dem Verfasser dieses Veranlassung, insoweit die sächsische Gesetzgebung darin angegriffen war, eine Entgegnung zu versuchen, und erforderte eine Prüfung des dort aufgestellten Begriffes, namentlich den Bestimmungen der sächsischen Gesetzgebung gegenüber; es lag jedoch außerhalb der Grenzen dieser Entgegnung, den diesseits aufgestellten Begriff der Unterschlagung näher zu begründen und weiter auszuführen.

Wie bereits Herr Professor Hepp durch seine Zusammenstellung der verschiedenen Gesetzgebungen zu dem obigen Aufsatze nachgewiesen hat, finden dieselben das Hauptcriterium der Unterschlagung darin, daß der Thäter den Gegenstand des Vergehens in Besitz haben müsse; zum Unterschied von dem Diebstahl, bei welchem eine Hin-

wegnahme aus dem Gewahrsam eines Anderen statt finde. Auch der von Hepp aufgestellte Begriff der Unterschlagung entfernt sich im Wesentlichen nicht von dieser Ansicht. Er stellt zwar den Begriff negativ auf:

„ohne Hinwegnahme aus dem Gewahrsam des Berechtigten",

um die Unterschlagung gefundener, zugelaufener und herrenloser Sachen in allen Fällen mit zu umfassen, er kommt aber doch S. 601 immer wieder auf den Besitz zurück, wenn er sagt:

„man kann aber auch mit Cropp und Hufnagel nur zwei Hauptfälle der Unterschlagung unterscheiden, je nachdem entweder die Sache dem, der sie unterschlägt, vom Eigenthümer selbst (überhaupt von dem Berechtigten) übergeben und anvertraut worden war, oder dieselbe auf andere Weise in seine Hände gekommen ist";

denn die andere Weise kann an und für sich nichts Unrechtmäßiges enthalten, sie scheint aber doch nach der Wortfassung der Verübung der Unterschlagung vorausgehen zu müssen, sie setzt mithin einen wenn auch kurzen rechtmäßigen Besitz voraus.

Wer nun ausschließlich in einem vorhergegangenen rechtmäßigen Besitz den Hauptunterschied der Unterschlagung von den übrigen Eigenthumsvergehen findet, wird durch die Fälle in Verlegenheit gesetzt, wenn der Thäter verlorene oder herrenlose Sachen bei deren Wahrnehmung sofort in der Absicht aufhebt, und an sich nimmt, um dieselben sich anzueignen, weil sich hier vom ersten Augenblick an der Thäter als widerrechtlicher Eigenthümer gerire, wodurch ein rechtmäßiger Besitz ausgeschlossen werde, und daher vor der Aneignung nicht statt gefunden habe. Denn ohne Zweifel ist eine derartige Handlung nicht Diebstahl, weil eine Hinwegnahme aus dem Gewahrsam des Berechtigten nicht statt findet, sondern Unterschlagung. Noch prägnanter würde die Abwesenheit des rechtmäßigen Besitzes

in dem Falle hervortreten, wenn Jemand ein verendetes Stück Wild sieht, dabei wartet, und einem bald darauf Vorübergehenden es gegen Zahlung einer Geldsumme ergreifen und an sich nehmen läßt, ohne es selbst berührt zu haben. Hier liegt in dem einen Moment der Anweisung an den Dritten die rechtswidrige Aneignung und Veräußerung, welche keinen Raum für einen rechtmäßigen Besitz läßt.

Es ist zwar diese Schwierigkeit in der von Hepp gewählten negativen Ausdrucksweise unwillkührlich umgangen; der Grund zur Wahl dieser Negative, nämlich die Aufnahme der verlorenen und herrenlosen Sachen ist aber in Bezug auf Letztere die Ursache zu neuen Undeutlichkeiten und Widersprüchen geworden, die unausbleibliche Folge der negativen Ausdrucksweise. Denn wenn gesagt ist:

„ohne Hinwegnahme aus dem Gewahrsam des Berechtigten",

so setzt dies wenigstens einen Berechtigten voraus, in dessen Gewahrsam aber die Sache nicht ist; der Begriff der herrenlosen Sache steht jedoch mit dem Begriff des Berechtigten in Widerspruch, und wenn man die Unterschlagung einer herrenlosen Sache im Auge hat, und deren Begriff nach dem von Hepp gewählten Satz formuliren wollte, so würde man durch die Worte:

„Wer sich eine herrenlose Sache ohne Hinwegnahme aus dem Gewahrsam des Berechtigten widerrechtlich zueignet, macht sich der Unterschlagung schuldig"

wohl den Vorwurf auf sich laden, daß man sich in Widersprüchen ergehe.

Um auf den von den verschiedenen Gesetzgebungen angenommenen Hauptunterschied der Unterschlagung, den derselben vorausgehenden rechtmäßigen Besitz zurückzukommen, so ist die Schwierigkeit: die Fälle der Unterschlagung, in welchen ein solcher Besitz nicht vorausgegangen ist, un-

ter dem allgemeinen Begriff zu subsumiren, hauptsächlich dadurch entstanden, daß man bei Aufstellung des Begriffes unterlassen hat, den factischen Verhältnissen die Rechte zu substituiren, aus welchen die Letzteren hervorgegangen sind, und danach den Begriff der Unterschlagung in seinem Unterschied von dem Begriff des Diebstahls festzustellen, und dies sind die Rechte des Besitzes und der Besitzergreifung auf eine fremde bewegliche Sache.

Beim Diebstahl findet die Hinwegnahme einer fremden Sache aus dem Gewahrsam eines Anderen statt, in der Absicht sich diese anzueignen, auf welche der Dieb ein Recht des Besitzes und der Besitzergreifung nicht hat. Das Verbrechen ist mit der Ergreifung der Sache aus fremdem Gewahrsam in der Absicht der Aneignung vollendet, und bedarf, wenn die Ergreifung nachgewiesen ist, keines weiteren Beweises, um zur Untersuchung und Bestrafung gezogen zu werden, es müßte denn der Inculpat Umstände nachweisen können, welche die Absicht der Aneignung ausschließen. Dies kommt daher, weil von den ersten Beziehungen an, in welche der Thäter mit dem Object des Diebstahls tritt, ein rechtswidriges Verhältniß statt findet.

Die Unterschlagung dagegen kann nur von solchen Personen in Bezug auf solche Sachen ausgeübt werden, auf welche derselben Rechte des Besitzes und der Besitzergreifung mit Ausnahme des Eigenthumsrechtes zustehen. Wer eine Unterschlagung verübt, steht mit dem Object derselben von Anfang an in einer rechtlichen Beziehung, und ist wenigstens im Stande und es steht ihm kein Strafgesetz entgegen, obige Rechte auf dieselbe rechtsgültig auszuüben; er benutzt aber dieses ihm zustehende Rechtsverhältniß dazu, sich Rechte über die Sache anzumaßen, die ihm nicht zustehen, er läßt die fremde Sache durch die Unterschlagung in sein Eigenthum auf rechtswidrige Weise übergehen. Wenn Jemand eine verlorene Sache fand, und sofort in

der Absicht an sich nahm, sie sich anzueignen, so war doch dem Thäter durch den Zufall des Findens die Befugniß eingeräumt, die Sache so lange in rechtmäßigen Besitz zu nehmen und zu behalten, bis der Eigenthümer ermittelt ist; und auch dann steht der Pflicht der Rückgabe die Befugniß der Retention gegenüber, bis die etwa auf Erhaltung der Sache verwendeten Kosten dem Finder vergütet sind. Ob nun der Finder, ohne von diesen ihm zustehenden Rechten Gebrauch zu machen, sofort zu der rechtswidrigen Aneignung vorschreitet, oder erst, nachdem er von *allen* diesen ihm zustehenden Rechten und Befugnissen Gebrauch gemacht hat, zu derselben übergeht, bringt keinen Unterschied in der Beurtheilung dieser beiden Handlungen hervor, denn in beiden Fällen standen dem Thäter dieselben Rechte und Befugnisse auf die Sache zu, und in dem Vorhandenseyn dieser Rechte, nicht in der Ausübung derselben, liegt bei stattgefundener rechtswidriger Aneignung der Unterschied der Unterschlagung vom Diebstahl, bei welchem diese rechtliche Beziehung zwischen dem Thäter und der Sache nicht statt fand.

Ebenso wie Hepp den Begriff der Unterschlagung durch die Worte

„ohne Hinwegnahme"

als Negative des Begriffes vom Diebstahl

„mit Hinwegnahme"

aufgefaßt hat, könnte man dann umgekehrt den Begriff des Diebstahls als Negative von der Unterschlagung darstellen, daß sich derjenige des Diebstahls schuldig macht, der eine fremde bewegliche Sache ohne ein Recht des Besitzes oder der Besitzergreifung auf solche zu haben, sich aneignet, wenn es nicht vorzuziehen wäre, den Begriff positiv aufzustellen; denn es wird ein Sichaneignen einer fremden Sache, ohne diese Rechte auf solche zu haben, gar nicht anders erfolgen können, als mit Hinwegnahme aus dem

Gewahrsam des Berechtigten, oder als gleicher oder ungleicher Theilnehmer des Diebstahls. Wie bei der Unterschlagung der etwa vorausgegangene Besitz nur eine Folge eines bereits zwischen dem Thäter und der Sache bestehenden Rechtsverhältnisses ist, ist bei dem Diebstahl die Hinwegnahme die Folge des Mangels eines solchen Rechtsverhältnisses. Hierin scheint gewissermaßen die Probe zu liegen, daß der auf diesem Wege aufzustellende Begriff der Unterschlagung dem Vergehen des Diebstahls gegenüber der richtige sey, aber auch zugleich der Grund dargethan zu seyn, weshalb bei abzufassenden Gesetzen die unterscheidenden Merkmale nicht negativ hingestellt werden dürfen. Denn wie durch die negative Auffassung der Unterschlagung

„ohne Hinwegnahme aus dem Gewahrsam des Berechtigten"

nur der Unterschied dieses Vergehens vom Diebstahl angedeutet wird, würde durch die negative Auffassung des Diebstahls

„ohne die Rechte des Besitzes und der Besitzergreifung auf die Sache zu haben"

allein der Unterschied von der Unterschlagung hervorgehoben. Diebstahl und Unterschlagung sind aber nicht die einzigen Arten von Eigenthumsvergehen, so daß dieselben in einer derartigen ausschließlichen Beziehung in Betracht gezogen werden könnten, vielmehr ist jedes dieser beiden Eigenthumsvergehen in Beziehung auf alle übrige Arten der Eigenthumsvergehen aufzufassen.

Gehen wir nun zu

Aufstellung des Begriffes der Unterschlagung

über, so haben wir die Fehler, in welche frühere Rechtslehrer bei Aufstellung desselben verfallen sind, geglaubt darin gefunden zu haben, daß sie unterließen, den factischen Verhältnissen die rechtlichen Grundlagen derselben zu *substituiren* und, weil den meisten Unterschlagungen ein

Besitz vorausgeht, dieses factische Verhältniß als das alleinige Merkmal auffaßten. Zu Vermeidung dieses Fehlers und in Beziehung auf das oben Gesagte dürfte vielleicht folgende Fassung des Begriffes der Unterschlagung umfassend, kurz und verständlich seyn, und zugleich deren Merkmale richtig bezeichnen:

„Wer auf eine fremde bewegliche Sache das Recht des Besitzes oder der Besitzergreifung hat, sich dieselbe aber widerrechtlich zueignet, macht sich der Unterschlagung schuldig."

Es könnte vielleicht dieser Begriff noch insoweit ausgedehnt werden, daß man diesem Rechte des Besitzes und der Besitzergreifung noch die Rechte der Verwahrung, Verwaltung des Nießbrauches ꝛc. hinzufügte, und noch ausdrücklich den Ausschluß des Eigenthumrechtes erwähnte; es erscheint jedoch überflüssig, diese anderen möglichen Rechte aufzuführen, weil sie alle von dem Rechte des Besitzes und der Besitzergreifung begleitet seyn müssen, wenn die Verübung der Unterschlagung möglich seyn soll; den Ausschluß des Eigenthumsrechtes noch ausdrücklich mit aufzuführen, dürfte um deswillen unnöthig seyn, weil dieser Ausschluß in der widerrechtlichen Aneignung hinreichend erkennbar ist, und das widerrechtliche Uebergehenlassen in das Eigenthum des Thäters eben voraussetzt, daß ein solches Eigenthumsrecht nicht vorhanden war. Ferner könnte namentlich vom civilrechtlichen Standpunct aus an dem Begriff:

„Recht des Besitzes und der Besitzergreifung"

Anstoß genommen werden, weil doch wohl in den meisten Fällen abgesehen von dem factischen Besitze das Recht des Besitzes von dem Rechte des Eigenthums nicht getrennt werden kann, und daher nur der Eigenthümer oder die Person, welcher der Eigenthümer den Besitz überträgt, das Recht des Besitzes hat; man könnte um deswillen vielleicht behaupten, daß der obige Begriff nur die Fälle der Unter-

schlagung des Anvertrauten vorzugsweise berühre, aber die Fälle, in welchen Jemand zufällig und ohne Wissen des Eigenthümers in Besitz der fremden Sache gekommen sey, ausschließe, z. B. wenn Jemandem eine gestohlene Sache ohne sein Wissen zugesteckt wird, oder bei verlorenen oder zugelaufenen Sachen, in welchen Fällen der Eigenthümer zwar den factischen Besitz aber nicht das Recht auf den Besitz verloren hat, und mithin das Recht auf den Besitz mit dem zufälligen factischen Besitz auf einen Anderen ohne Einwilligung des Eigenthümers nicht übergehen kann. Einestheils glaubt man jedoch einem solchen Vorwurf dadurch begegnen zu können, daß es sich bei Feststellung der Begriffe im Strafrecht nicht um seine civilrechtliche Distinctionen handeln kann, und um deswillen unter Recht des Besitzes und der Besitzergreifung im Allgemeinen zu verstehen sey, wenn Jemand auf erlaubte Weise ohne Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift in Besitz einer fremden Sache gelangt, oder zu gelangen im Stande ist, es hat dies allerdings in den obigen Fällen einen nur factischen aber doch rechtmäßigen Besitz zur Folge, welcher dem Inhaber das Recht des Besitzes, das ihm von keinem dritten Unberechtigten streitig gemacht werden kann, so lange verleiht, bis der Eigenthümer aufgefunden ist, und die Sache wieder selbst in seinen Besitz nehmen kann; anderntheils läßt sich doch auch diese Ausdrucksweise mit dem civilrechtlichen Standpunct ohne Widerspruch vereinigen, weil man voraussetzen kann, daß dem redlichen Finder oder Inhaber einer fremden Sache ohne Wissen des Eigenthümers nie die Einwilligung des Eigenthümers zu diesem vorübergehenden Besitzstand fehlen würde, wenn dieselbe nach den factischen Verhältnissen zu ertheilen möglich wäre, und daß um deswillen bei Beendigung dieses Verhältnisses, bei Rückgabe an den Eigenthümer eine ausdrückliche oder stillschweigende *Ratihabition* des Letzteren in Bezug auf die Handlung des

redlichen Finders oder Inhabers eintritt, nach welcher derselbe in präsumtivem Auftrage desjenigen gehandelt hat, dem mit dem Eigenthum ausschließlich das Recht des Besitzes zustand. Endlich ist zu erwarten, daß der aufgestellten Fassung des Begriffes noch der Vorwurf gemacht werden könnte, daß, wenn dieser Begriff in der aufgestellten Weise in ein Strafgesetzbuch aufgenommen werden sollte, welches nicht bloß für die Personen, welche die Gesetze anzuwenden haben, sondern für alle Staatsbürger verständlich geschrieben seyn soll, die Worte:

„Rechte des Besitzes und der Besitzergreifung"

nicht als allgemein verständlich erscheinen dürften. Leider ist aber diesem Vorwurf nicht allenthalben abzuhelfen, weil bei der Unvollkommenheit der Sprache verschiedene Personen an dieselben Worte verschiedene Bedeutungen knüpfen, dem größten Theil des nicht juristischen Publicums aber die Worte:

„Eigenthum und rechtmäßiger Besitz"

identisch erscheinen werden. Es kann jedoch theils bei Aufstellung der einzelnen Arten der Unterschlagung der Begriff seine weiteren Erläuterungen finden, theils wird mit größerer Verbreitung der Gesetze und Rechtsbegriffe auch immer mehr einem Mißverständniß der Worte vorgebeugt werden. Obwohl man nun überzeugt ist, daß, wenn das aufgestellte Merkmal der Unterschlagung richtig ist, der Begriff derselben im Wesentlichen nicht anders gefaßt werden kann, als es oben geschehen ist, so könnte doch, um dem zuletzt aufstellten Vorwurf zu begegnen, im Interesse der allgemeinen Verständlichkeit so viel von der juristischen Consequenz geopfert werden, daß man das Vergehen der Unterschlagung so ausdrückte:

„Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in rechtmäßigem Besitz hat, oder in Besitz zu nehmen befugt war,

sich widerrechtlich zueignet, macht sich der Unterschlagung schuldig."

Die Hinzufügung des Wortes „fremde" vermehrt die Deutlichkeit darin, daß eben der factische Besitz in diesen Fällen nicht bei dem Eigenthümer ist; die herrenlosen Sachen werden dadurch nicht ausgeschlossen seyn, weil, insoweit an solchen Unterschlagung begangen werden kann, sie dem Thäter gegenüber fremd sind; und wenn durch Wiederaufnahme des Besitzes das factische Verhältniß wieder an die Stelle der einer großen Anzahl Staatsbürger durch unklaren rechtlichen Grundlage getreten ist, so wird doch diese Grundlage durch die Worte:

„oder in Besitz zu nehmen befugt ist"

einigermaßen aufrecht erhalten, welche zugleich diejenigen Fälle in den Begriff mit aufnehmen, in denen Unterschlagung ohne vorhergegangenen Besitz statt gefunden hat.

Es bleibt nun bei dem

Umfang und Eintheilung der Unterschlagung

zu prüfen übrig, ob der aufgestellte Begriff auf der einen Seite alle Fälle umfaßt, die zur Unterschlagung zu rechnen sind, auf der anderen Seite aber sich nicht etwa als zu weit herausstellt, und derselbe auf solche Vergehen mit angewendet werden könnte, die unverkennbar nicht Unterschlagung sind, sondern zu anderen Klassen von Vergehen gehören.

Die Unterschlagung fällt ihrem Umfang nach objectiv in der rechtswidrigen Aneignung einer beweglichen Sache vollständig mit dem Vergehen des Diebstahls zusammen, subjectiv trennt sie sich jedoch dadurch von diesem Vergehen, daß sie nur von solchen Personen ausgeübt werden kann, die die unterschlagene Sache in nicht rechtswidrigem factischen Besitz hatten, oder in Besitz zu nehmen befugt waren. Dieser Umfang dürfte in dem aufgestellten Begriff *vollständig* angedeutet seyn. Hält man im Allgemeinen

die von Hepp aufgestellten 5 Arten der Unterschlagung fest, so umfaßt er

1) die eigentliche Veruntrauung; wenn der Berechtigte dem Thäter die Verwahrung und Verwaltung über bestimmte Sachen und dem Berechtigten zustehende Rechte und Befugnisse übertrug; denn hier ist dem Thäter von dem Berechtigten selbst das Recht des Besitzes und der Besitzergreifung übertragen worden. Ferner

2) wenn, wie Hepp sagt, der Thäter auf sonst rechtmäßige Weise in Besitz der Sache gekommen ist. Es ist allerdings dieser Ausdruck so unbestimmt und umfassend, daß er alle Fälle der Unterschlagung in sich begreifen kann, höchstens mit Ausnahme derjenigen Fälle, in welchen der Verübung des Vergehens ein factischer Besitzstand nicht vorausging; indessen will man diese zweite Art der Unterschlagung auf die Fälle beschränken, wenn entweder dem Thäter die Sache von einem Unberechtigten anvertraut wurde, während er selbst diesen Unberechtigten irrthümlich für den Berechtigten hielt, oder wenn der Thäter bona fide die Sache in Besitz und Eigenthum irrthümlich nahm, später aber über seinen Irrthum belehrt, mit der Sache Handlungen der rechtswidrigen Aneignung vornahm. Bei dieser Art der Unterschlagung kann allerdings objectiv weder ein Recht des Besitzes, noch rechtmäßiger Besitz statt finden, subjectiv liegt er aber bis zur Aufklärung des Irrthums jedenfalls vor, und von diesem Zeitpunkt an dauert er noch so lange fort, bis der Inhaber der Sache im Stande ist, die Sache dem wahren Berechtigten zurückzugeben. Da nun bei Anwendung der Strafgesetze auf den Angeschuldigten alles darauf ankommt, ob der Thäter wissentlich das Gesetz übertrat, oder ob die Rechtsverletzung die Folge eines factischen Irrthums war, so erhält nothwendig das Recht des Besitzes und der Besitzergreifung sowie des rechtmäßigen Besitzes auch auf die Fälle bei deren Beurtheilung

vom criminalrechtlichen Standpunct aus Anwendung, in welchen der Thäter zwar irrthümlich aber nach den ihm bekannten factischen Verhältnissen voraussetzte, daß er das Recht des Besitzes und der Besitzergreifung habe. Es wird mithin auch diese Art der Unterschlagung allerdings nur subjectiv ohne das Recht des Besitzes und der Besitzergreifung nicht statt finden können. Bei der Unterschlagung

3) verlorener oder

4) sonst zufällig ohne Wissen des Berechtigten in Besitz des Thäters gekommener Sachen haben wir bereits früher gesehen, daß der Thäter theils zur Besitzergreifung befugt war, was ein Recht des Besitzes und rechtmäßigen Besitz zur Folge hat, theils in Mangel der Möglichkeit der ausdrücklichen Besitzübertragung von Seiten des Berechtigten eine nachträgliche Ratihabition der vorgekommenen oder zustehenden Besitzhandlungen bis zu der verübten rechtswidrigen Aneignung, jedoch mit Ausschluß derselben, angenommen werden kann. Endlich wird

5) bei der Unterschlagung herrenloser Sachen Niemand in Zweifel seyn, daß dem Thäter die Befugniß der Besitzergreifung und das Recht des Besitzes bis zu dem Zeitpunct zustand, an welchem er die Sache, soweit er nicht selbst Eigenthumsrechte an derselben durch den Fund erworben, an denjenigen abzuliefern hatte, den das Gesetz vorschreibt.

Umfaßt demnach der aufgestellte Begriff, wie man hofft, alle Arten der Unterschlagung, so schließt er doch zugleich solche Handlungen aus, die der von Hepp aufgestellte Begriff fälschlich mit hineinzieht. Diese Ausschließung geschieht durch Aufnahme des rechtmäßigen Besitzes oder des Rechtes des Besitzes und der Besitzergreifung. Der factische Besitz allein reicht nicht hin, die Vorbedingung der Unterschlagung zu bilden, es muß der Inhaber wenig-

stens bona fide possessor seyn, und von diesem Standpunct aus die Sache durch Unterschlagung in sein Eigenthum übergehen lassen. Wenn Jemand wissentlich von dem Unberechtigten eine fremde Sache in Besitz nimmt, und für seinen alleinigen Nutzen veräußert, z. B. der Hehler, so ist nach dem von Hepp aufgestellten Begriff der Thäter der Unterschlagung schuldig, denn er hat sich dieselbe ohne Hinwegnahme aus dem Gewahrsam des Berechtigten widerrechtlich zugeeignet. Dieses Vergehen als Unterschlagung aufzufassen, würde jedoch nicht richtig seyn, da der Hehler unter Berücksichtigung des gehabten Gewinnes, als Begünstiger oder ungleicher Theilnehmer des Diebstahls zu bestrafen ist. Der Diebstahl absorbirt aber die Unterschlagung, denn der Dieb kann ein und dieselbe Sache, die er so eben gestohlen hat, nicht erst noch unterschlagen; der Hehler macht sich als Begünstiger der ungleichen Theilnahme des Diebstahls schuldig, und kann an der gestohlenen Sache eben so wenig eine Unterschlagung begehen, als der gleiche Theilnehmer eines Diebstahls einen zweiten Diebstahl begeht, wenn er die gestohlene Sache wieder aus dem Gewahrsam seines Mitschuldigen entwendet; oder neben dem verübten Diebstahl noch Unterschlagung, wenn er von Verübung des Diebstahls an in alleinigem Besitz der Sache solche Handlungen mit derselben vornimmt, aus welchen die alleinige Aneignung der Sache mit Ausschluß seines Mitschuldigen hervorgeht. In dem angenommenen Falle wird dem Hehler nach den meisten Gesetzgebungen dieselbe Strafe treffen, wie den Dieb, weil die ursprünglich den Begünstiger treffende niederere Strafe durch den vollen angeeigneten Werth der gestohlenen Sache erhöht wird, während die Unterschlagung nach den meisten Gesetzgebungen, wenn auch nicht nach der sächsischen, einer milderen strafrechtlichen Beurtheilung und Strafe unterliegt, als der Diebstahl.

Nach den entwickelten Ansichten, und unter Berücksichtigung der bei Abfassung der Gesetze zu erzielenden Allgemeinverständlichkeit würde daher das Vergehen der Unterschlagung mit seinen Abstufungen von dem größeren zu dem geringeren Vergehen ohngefähr folgendergestalt zu fassen seyn:

Art. 1.

Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in rechtmäßigem Besitz hat oder in Besitz zu nehmen befugt war, sich rechtswidrig zueignet, macht sich der Unterschlagung schuldig.

Art. 2.

Ist dem Thäter die Sache von dem Berechtigten, oder von demjenigen, den er irrthümlich für den Berechtigten hielt, übergeben oder die Befugniß zur Besitzergreifung ertheilt worden, soll er mit rc.

Art. 3.

Hat der Thäter in gutem Glauben die Sache als sein Eigenthum in Besitz genommen, und er begeht nach Kenntnißnahme von dem wahren Rechtsverhältniß eine Handlung der widerrechtlichen Aneignung, so soll er mit.

Art. 4.

Hatte der Thäter durch das Auffinden verlorener Sachen die Befugniß der Besitzergreifung erlangt, oder war er sonst zufällig in Besitz einer solchen Sache gekommen, so soll er

a) wenn er den Berechtigten kannte, mit rc.

b) wenn er den Berechtigten nicht kannte, mit rc.

Art. 5.

Der Finder eines Schatzes oder herrenloser Sache soll, in soweit von demselben rechtswidrige Aneignung des Schatzes oder der Sache statt finden konnte, und statt gefunden hat, mit rc.

Man ist auch hierin in sofern von der Aufstellung Hepp's abgewichen, als dort die ganze zweite Art von den 5 aufgestellten Arten mit den Worten

„oder sonst auf rechtmäßige Weise"

der Unterschlagung des Anvertrauten hinzugefügt worden ist, während doch die Fälle von dieser Unterschlagung auszuschließen waren, in welchen der Thäter die Sache anfänglich als Eigenthümer zu empfangen glaubte. Bei dem Art. 4 würden jedenfalls die Vorschriften noch aufzunehmen seyn, die der Finder einer verlorenen Sache zu Ermittelung des Eigenthümers oder Verlierers zu beobachten hat, es sind jedoch dieselben nicht auf den Begriff des Vergehens, sondern nur auf die Höhe der Strafe von Einfluß, die man bei Behandlung eines herausgehobenen Vergehens außer Betracht lassen mußte. Dagegen glaubt man von der Aufstellung der Handlungen, wie sie bei Hepp statt findet, durch welche die rechtswidrige Aneignung erfolgt oder constatirt seyn soll, absehen zu müssen, weil dies jedenfalls der Untersuchung und Beurtheilung des einzelnen vorliegenden Straffalles überlassen bleiben muß. Diese Aufstellung gehört nicht unmittelbar zu der Entwickelung des Begriffes der Unterschlagung, auch dürfte es nicht räthlich seyn, dieselbe in einem Gesetz aufzunehmen, weil es schwierig seyn würde, alle die Modalitäten umfassend zu bestimmen, unter welchen bei den einzelnen Arten der Unterschlagung die rechtswidrige Aneignung statt findet, oder als statt gefunden anzunehmen ist.

Man sieht nunmehr dem Urtheil der Herren Juristen entgegen, ob in dem Vorstehenden der Begriff der Unterschlagung richtig aufgefaßt sey, und hofft, im Fall dies immer noch nicht gelungen seyn sollte, durch die stattgefundene Entwickelung wenigstens etwas zur weiteren Aufklärung dieser Lehre beigetragen zu haben.

XII.

Ueber die

Gränze zwischen Diebstahl und Selbsthülfe.

Von

Herrn Dr. C. Brackenhoeft,

Privatdocenten in Heidelberg.

(Schluß von Nr. VII. des vorigen Heftes.)

§. 8.

Entziehung einer Gewerung war also ein Erschwerungsgrund. Sie mußte jede Verletzung, auch die gewaltthätige[1]), dem Diebstahl gleichstellen, wenn sie mit Entziehung eines beweglichen Gutes verbunden war; und wo diese Entziehung das Mittel der Begehung war, läßt sich auch hier kein Unterschied zwischen Diebstahl und Raub und Selb-

---

1) Daß die Gewaltthätigkeit den Raub vom Diebstahl geschieden, dürfte jedenfalls nur in Beziehung auf die öffentliche Strafe (Göschen a. a. O. S. 311. 320. 321) anzunehmen seyn; da die Verfolgung des geraubten und des gestohlenen Gutes sich immer in derselben Weise behandelt findet. Vielmehr erscheint die Unverholenheit der Gutsentziehung in der Sphäre des allgemeinen Verkehrs als das Characteristische des Raubes, so der Raub am Pfluge: Sächs. Ldr. II. 13. §. 4; das Rauben fremden Holzes oder Grases zur Tageszeit: Gosl. St. b. Göschen S. 37 Z. 1. 2. Daher die Benennung: Straßenraub. Aber Entziehung von Gut mit Gewalt oder Drohung („landtzwingen") „geleicht einem Raub": Bamb. St. R. §. 185. Vgl. oben §. 1. Not. 3.

hülfe denken. Außerdem kann Selbhülfe nur durch Gewalt gegen eine Person begangen werden. Denn das eigenmächtige Bemächtigen eines Grundstückes an sich konnte gar keine unerlaubte Selbhülfe seyn, da man dadurch niemanden eine Gewerung entzog[2]), noch sonst eine Verletzung dadurch begehen konnte, wenn nicht eine zerstörende Thätigkeit, z. B. Brandstiftung, hinzutrat. Gewalt gegen eine Person war aber, abgesehen von Nothzucht und Entführung, Friedensbruch in der angegebenen Bedeutung nur dann, wenn Tödtung, Verstümmelung oder Verwundung von einer gewissen Bedeutung damit verbunden war[3]). Außerdem war sie bloße Gewaltthat und nur in sofern Friedensbruch, als sie gegen ein Friedensgebot oder ein Friedensgelöbniß verstieß[4]). Sie konnte dann allerdings eine Selbhülfe in sich schließen, wenn sie den Zweck hatte, die

---

2) Denn das Innehaben eines Grundstücks an sich begründet keinerlei Vortheil für die prozessualische Gewerung.

3) Verm. Ssp. III. 4. Dieser Friedbruch erscheint im Gegensatze des Diebstahls als eine Art des Friedebrechens, und zwar des besondern Friedebrechens in der Kirche, in d. Gosl. St. a. a. O. S. 40. Z. 9 ff. Göschen a. a. O. S. 292. 311. faßt dieses Friedebrechen als den oben im Texte bezeichneten Friedensbruch auf. Darnach erscheint jener Friedbruch als die Gewalt gegen die Person. Als Gegensatz davon sowie vom Friedebrechen erscheint die Verletzung „mit slichtem hülffwolde": Gosl. Stat. a. a. O. S. 91. Z. 18 ff. Man könnte geneigt seyn, darunter Selbhülfe zu verstehen. Allein es scheint nach dem Zusammenhange darunter nur jede willkürliche Verletzung, wie Verbalinjurien und bußwürdiges Prozessiren verstanden zu seyn. —

4) Friedensbruch in dieser Bedeutung ist jede Handlung, die einem gewerten oder gewerenden Zustand widerstreitet, so Widerstand gegen die Ausübung der Pfändungsbefugniß des Grundeigners: Gosl. St. b. Göschen S. 22. Z. 1 ff., Fortsetzung eines Baues gegen ein gewertes Verbot: ebendas. S. 23 Z. 36 ff., Verfolgung richterlich aberkannter Ansprüche: ebend. S. 26 Z. 15 f., Weigerung der Befolgung des richterlichen Gebots, einem Gefangenen die Verantwortung vor Gericht durch dessen Vorbringen zu ermöglichen: ebend. S. 44. Z. 37 ff. Es sind dies Contraventionen: meine Grundl. d. p. d. R. S. 5. Not. 13.

Stelle einer gerichtlichen Verfolgung zu vertreten, wie z. B. in der Fehde. Allein da sie dann, sofern sie nicht erlaubt war[5]), immer in einem Friedensbruche gegen einen Einzelnen[6]) bestand, so ging sie, sofern sie unerlaubt war, über die Gränzen der Selbhülfe im römischen Sinne hinaus. Die zu dieser Selbhülfe erforderliche Meinung und Absicht konnte im germanischen Rechte um deswillen von keiner rechtlichen Bedeutung seyn, weil es keine Herstellung der Wirksamkeit eines verwirklichten Rechtsverhältnisses, sondern nur eine Verwirklichung von Zuständen kannte; und die römische Selbhülfe die Richtung der Absicht auf jene erfordert. Daß im römischen Rechte jene, im germanischen Rechte diese, das Erzeugniß des subjectiven Rechts war; das zeigt sich schon in der Verschiedenheit der Prozeßform seit der Einführung des Formelverfahrens im römischen Rechte[7]). Denn wenn auch das prätorische Recht nur Zustände schützte und keine Rechtsverhältnisse schaffen konnte[8]), so gestaltete sich doch überall, wo eine actio und nicht bloß ein interdictum[9]) gegeben wurde, das Streitverhältniß zu einem einseitigen. Die Einseitigkeit besteht darin, daß nur Eine Parthei für

---

5) Meine Erörter. zu Linde's Lehrb. d. Proz. S. 18 ff.

6) Die Heimsuchung, die Störung des Hausfriedens, die da, wo kein eigentliches Friedensbruchverfahren (oben §. 7. Not. 10) unterschieden wird, nur Buße und Wette nach sich zieht (Bamb. St. R. §. 193), und an sich schon ein Brechen des Friedens (des Einzelnen) enthält, wird, wenn sie mit gewaltsamem Eindringen in das Haus verbunden ist, da, wo sich jenes Friedensbruchverfahren findet, zu Hals und Hand als Friedbrechen (gegen die Gesammtheit) gestraft: verm. Ssp. II. pr. 1.

7) Anders scheint dies im Legisactionen-Verfahren gewesen zu seyn, wo jede Parthei reus war: Festus v. Reus.

8) M. Auff. in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XVI. Nr. V. §. 1. Not. 7. §. 2. Not. 9 ff. mit §. 4.

9) M. Auff. im Arch. f. civ. Praxis XXIV. S. 199. Not. 4. Der Einfluß dieser Abweichung auf das Verfahren wurde indeß durch das nachfolgende judicium wieder beseitigt.

die Herstellung eines positiven Resultats des Prozesses als Kläger thätig ist; und das setzt voraus, daß sie bereits ein Rechtsverhältniß und einen eigentlichen Rechtsgegenstand, eine res, für sich verwirklicht hat; wenn auch bei den prätorischen Klagen das Rechtsverhältniß, das jus, durch die Idee eines in bonis esse oder einer honoraria obligatio ersetzt werden muß[10]), und der Rechtsgegenstand nur durch die Rechtsidee, z.B. in einem Nutzen, vermittelt wird[11]). Ganz anders verhält sich dies im germanischen Prozesse, wo nach Umständen diese oder jene Parthei gewerend handelt, und zwar der angegriffene Theil[12]), so daß hier dieser, im römischen Prozesse aber der angreifende Theil, das positive Resultat herstellt[13]). Die Selbhülfe aber beabsichtigt ihrem Wesen nach das positive Resultat des Prozesses in gleicher einseitiger Weise, wie der Prozeß im außerprozessualischen Wege, herzustellen[14]). Diese Absicht kann im germanischen Rechte von keiner rechtlichen Bedeutung seyn, wenn im Prozesse, eben so wie außerhalb

---

10) M. Auff. in der Zeitschr. für Civilr. u. Proz. a. a. O. §. 3. Not. 8 ff.

11) So bekommt der Nutzen als Gegenstand einer Servitutenberechtigung sein Daseyn erst durch das Bestehen des Rechtsverhältnisses der Servitut. Daher findet sich denn hier auch das Rechtsverhältniß mit dem Gegenstande unter dem Namen der res incorporalis identificirt, während umgekehrt der körperliche Gegenstand des römischen Eigenthums wiederum gleich einem Rechtsverhältnisse als unmittelbarer Bestandtheil des Vermögens aufgefaßt wird: m. Identität und Connexität der Rechtsverh. S. 24—27. Not. 37. 42.

12) M. Grundl. d. g. d. R. S. 133.

13) So stellt im germanischen Prozesse der angegriffene Beklagte durch seinen Eid das positive Resultat der Gewerung, im römischen Prozesse der angreifende Kläger durch Begründung und Beweis der Klage das positive Resultat der Verurtheilung mit Hülfe des Richters her.

14) Vom römischen Standpunkte aus ist es denn auch durchaus unrichtig, Handlungen, die ein Resultat bezwecken, welches durch den Prozeß gar nicht erreicht werden kann, wie z. B. das Duell *wegen Beleidigungen*, als Selbhülfe zu betrachten.

desselben, nur Zustände verwirklicht werden; es sey denn, daß ihre Aufführung den Frieden verletzt. Diese kann aber den Frieden des Einzelnen nicht verletzen, wenn sie ihm keine Gewerung entzieht[15]), also nicht in ein anderes Verbrechen übergeht. Sie konnte also nur als unmittelbare Verletzung des allgemeinen Friedens strafbar seyn. Eine Verletzung dieses Friedens aber, die nicht durch Verletzung eines Sonderfriedens vermittelt würde, erscheint der germanischen Rechtsorganisation fremd.

§. 9.

Das beabsichtigte Resultat der Selbhülfe ist daher immer mit der rationellen Rechtsnorm im Einklange, und ein Verbrechen in der eigentlichen Bedeutung, ein Mißverhältniß zu einer solchen Rechtsnorm, wird durch sie nicht hervorgerufen[1]). Sie steht aber im Widerstreite mit dem Zwecke eines Zustandes, und der Träger dieses Zweckes ist derjenige Träger eines Sonderwillens, gegen den die Selbhülfe gerichtet ist. Denn die Organisation eines richterlichen Amtes begründet nur eine Pflicht, Recht zu zu pflegen, nicht aber eine Berechtigung darauf, daß die Uebung dieser Pflicht verlangt werde. Der Zweck, den der Richter trägt, ist kein anderer als die Abhülfe des Bedürfnisses der Rechtspflege, und diesem Zwecke widerstreitet es durchaus nicht, wenn das Bedürfniß der Rechtspflege in anderer Weise beseitigt wird. Der einzelne Träger eines Sonderwillens erlangt aber durch diese Organisation einen besondern subjectiven Rechtszustand, vermöge dessen er auf die Geltung seines Sonderwillens in der Sphäre

15) Derjenige, dem das germanische Recht eine solche Ausführung durch Eigenmacht gestattet, befindet sich immer in einem ihr entsprechenden gewerenden Zustande, der auch bei der Pfändung wegen Forderung durch die Schuldurkunde gegeben ist.

1) Oben §. 2. Not. 2. 3.

dieses Rechtszustandes eine Berechtigung hat, so lange der Richterspruch sie ihm nicht entzieht. Gegen diesen Rechtszustand ist die Selbhülfe eine Contravention[2]), und die Strafe der Selbhülfe ist ein Mittel der Verwirklichung dieses Zustandes. Denn der Zustand empfängt seine Wirklichkeit nicht durch die rationale Rechtsnorm, wie das Rechtsverhältniß, sondern durch die Folgen, welche die Vereitelung seines Zweckes als ein Aequivalent der Verwirklichung des Zustandes hervorruft[3]). Die Bedeutung eines solchen Aequivalents ist das Merkmal der Privatstrafe, welches sie *von* der öffentlichen Strafe, dem Mittel der Reaction des Rechtszustandes gegen die Ursachen von Mißverhältnissen zur Rechtsnorm unterscheidet[4]). Ein besonderer subjectiver Rechtszustand[5]) ist der Fiscus; und so wie man die Handlungen, welche zum Zwecke seiner Verwirklichung mit Strafen bedroht sind, als Contraventionen bezeichnet, so rechtfertigt die Gleichartigkeit der strafbaren Handlungen, welche dem besondern subjectiven Rechtszustande der Bürger, der cives in der römischen Bedeutung, zuwider sind, den gleichen Namen für sie. In diese Categorie gehört jedes Privatdelict, und demnach auch das römische furtum. Der Einfluß der Zuständigkeit einer actio aus dem Delicte gestaltet aber dessen Folgen zu einem verwirklichten Rechtsverhältnisse, der Delictsobligation[6]); wodurch das Strafgebot oder Verbot auf den Standpunkt einer rationalen Rechtsnorm gestellt, und die Delictsobligation, in der heut zu Tage gangbaren Auffassung, gleich einer öffentlichen Strafe,

---

2) Oben §. 2. Not. 4.

3) M. Grundl. d. g. d. R. S. 4. 5.

4) Dies. Arch. Jahrg. 1847. S. 58.

5) Wie jede moralische Person: m. Identität S. 134. Not. 5[a].

6) Nemlich der pönalen. Der s. g. reipersecutorische Ausspruch gehört nicht hierher.

das Product eines Mißverhältnisses zur Rechtsnorm wird [7]). So entsteht ein mittelbares Verbrechen, welches man als Vergehen unterscheiden kann. Beim furtum hat indeß das römische Recht auch noch im Formelverfahren den Character der Contravention aufrecht erhalten [8]), und beim damnum injuria datum eine Form gewählt, die die actio zu einem Executionsantrage gestaltet, und damit die Ausbildung eines Rechtsverhältnisses umgeht [9]).

§. 10.

Nach der Gestaltung des germanischen Rechts hat indeß jedes Verbrechen den Character der Contravention, und das Verbrechen erzeugt nur mittelbar ein Mißverhältniß zur rationalen Rechtsnorm in sofern, als deren Verwirklichung der Zweck des allgemeinen Rechtszustandes, des Friedens ist [1]). Der unmittelbare Character des Verbrechens ist nur Friedensbruch, und der unmittelbare Character

---

7) Es ist diese Rechtsnorm indeß auch bei den öffentlichen Verbrechen keinesweges immer ein Product eines rein rationellen Principes, sondern vielmehr häufig ein Product der positiv civilen Gesetzgebung: m. Grundl. d. g. d. R. S. 20. Und bei der Privatdelictsobligation ist es eben nur die Auffassung der vermöge derselben vorzunehmenden Leistung als eines Rechtsgegenstandes, die durch die Zuständigkeit der actio auf ein dare oder facere geboten wird, was dem Verbote der Verletzung die Eigenschaft einer eigentlichen Rechtsnorm beilegt. Denn ein Rechtsgegenstand setzt immer ein Rechtsverhältniß voraus, und die Norm, welche ein Rechtsverhältniß erzeugt und nicht bloß aus einem Zustande entspringt, hat eben dadurch die Geltung einer rationalen Rechtsnorm: ebend. mit S. 4 ff.

8) In der Formel: pro fure damnum decidere oportere: Gaj. J. IV. 37.

9) In der Formel: dare damnas esto: L. 2. pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

1) Da dieser Zustand nothwendig eine ungeregelte Gewalt ausschließt, also ein geregelter Zustand ist, so muß irgend eine Norm verwirklicht werden durch die Folgen welche er hervorbringt, wenn auch in seiner Gestaltung selber eine solche Verwirklichung noch nicht gegeben ist.

der Strafe nur Mittel der Verwirklichung des Zustandes des Friedens durch eine dessen Verletzung aufhebende Sühne[2]). Sie besteht ursprünglich (denn die Rache ist nicht ihr ursprüngliches Element sondern nur ihr geschichtlicher Vorläufer) in einer Leistung an den Träger des Friedens für die Verletzung seiner Friedensträgerschaft[3]), und gewinnt den reagirenden Character der öffentlichen Strafe erst dann, als sie nicht mehr durch die Idee der drohenden Rache, welche abzuwenden sie bestimmt ist[4]), sondern durch den unmittelbaren Eingriff einer obrigkeitlichen Macht in den Sonderzustand des Urhebers der That verwirklicht wird[5]). Und so lange das volksthümliche germanische Strafverfahren sich erhielt, war sie nur die vollendende Folge der Reaction, die mittelst des Strafverfahrens geübt wurde. Das Strafverfahren entzog dem Angeklagten durch Eid und Eideshülfe[6]), oder durch Zweikampf oder eigentliches Gottesurtheil[7]), oder aber in Folge des Mangels einer eidlichen Gewerung von seiner Seite[8]), die Gewerung gegen die Anwendung der Strafe[9]). Das Schuldigsprechen der Schöffen war ein Aufgeben des Angeschuldigten von Seiten seiner Genossen, welches ihn ihrer genossenschaftlichen Gewerung gegen die Anwendung der Strafe beraubte und

---

2) Das Fredum dient zur Vervollständigung der Wirkung der Emende: m. Grundl. d. g. d. R. S. 103. Not. 52.

3) Fredum und Bann wird dem Könige wegen der Verletzung seines Rechts gezahlt: ebend. S. 104. Not. 53.

4) Ebendas. S. 103. Not. 52.

5) M. Erörter. z. Linde S. 109.

6) Oben §. 7. Not. 11.

7) Ob. §. 7. Not. 10; m. Grundl. d. g. d. R. S. 137.

8) Ob. §. 7. Not. 13 a. E.

9) Wenn er sie nicht noch durch Geld bewirken kann; was ein allgemeines Recht der Friesen war, und auch sonst von dem Träger der obrigkeitlichen Gewalt häufig bewilligt werden konnte.

ihn derselben preisgab[10]). In der Gestaltung, welche hier das Verbrechen annimmt, geht der innere Unterschied zwischen Verbrechen, beziehungsweise Vergehen und Contravention verloren[11]). Er hätte also auch dann, wenn das germanische Recht überall eine Selbhülfe zu einer besondern Verletzung qualificiren können, keine Scheidung zwischen ihr und den übrigen Verbrechen zu ziehen vermogt. Und wenn die richterliche Macht im germanischen Rechtszustande ein Bestandtheil der Trägerschaft des Friedens ist, so liegt in der Verletzung der auf ihre Organisation gegründeten Berechtigung auch eine Verletzung der Trägerschaft des Friedens, und Selbhülfe tritt in die Categorie der Verbrechen[12]). Diejenigen Gesetzgebungen, welche die Selbhülfe als Vergehen gegen die richterliche Gewalt auffassen[13]), haben sie demnach germanisirt. Sie haben indeß in sofern einen Verstoß gegen die germanische Rechtsorganisation dabei begangen, daß sie in ihr einen Bruch des allgemeinen Friedens ohne den Bruch eines Sonderfriedens gesetzt haben. Die Stelle des letztern wird indeß durch die in der römischen Selbhülfe liegende analoge Verletzung des Sonderzustandes ersetzt. Und sie haben auch der Selbhülfe nicht etwa den germanischen Diebstahl, der sie absorbiren würde, zur Seite gestellt, sondern den römischen mit dem Erfordernisse des animus lucri faciendi[14]). Jedoch hat dieser Diebstahl durch die Doctrin eine Germa-

---

10) Die Gewerung der freien Gerichtsgemeinde (m. Grundl. d. g. d. R. S. 10. 27. 70. 80) wird ihm entzogen; mögen ihm nun die Eideshelfer fehlen, mögen Geschworne oder mögen Schöffen ihn schuldig sprechen. Er ist ein: armer Mann; ein: armer Sünder.

11) Daher die äußeren Unterscheidungen (ob. §. 7. Not. 10), die in anderer Gestalt sich auch in neueren Gesetzen finden.

12) Im germanischen Sinne: oben Not. 1 ff. Philosophische Strafrechtstheorien können hier übergangen werden.

13) Ob. §. 2. Not. 4.

14) Ob. §. 2. Not. 6. 7.

nisirung erlitten, die das Erforderniß der Entziehung einer Detention an die Stelle der Entziehung einer germanischen Gewerung gesetzt hat[15]). Obgleich die Unterscheidung zwischen dem animus lucri faciendi und dem animus rem sibi habendi getrübt erscheint[16]), so wird doch die Unterscheidung zwischen Vorhandenseyn und zwischen Mangel der Meinung, die Wirksamkeit eines verwirklichten Rechts durch die Verwirklichung jenes animus herzustellen, dadurch nicht aufgehoben. Sie bildet daher die innere Begränzung zwischen Selbhülfe und Diebstahl.

---

15) Indem man den Detentor des Diebstahls unfähig erklärte.
16) Oben §. 2. Not. 6. §. 1. Not. 4.

XII.

Ueber

die Versetzung in Anklagestand bei schweren Verbrechen.

Von

Herrn Dr. Jul. Glaser

in Wien.

(Schluß von Nr. VI des vorigen Heftes).

§. 4.

In Frankreich sind die Geschäfte zur Einleitung des eigentlichen Processes, die in Schottland dem Kronanwalt, in England dem Ankläger unter Mitwirkung der Grand Jury zustehen, auf eine ganz eigenthümliche Weise vertheilt, und diese Vertheilung ist auch im Wesentlichen auf diejenigen Staaten des Continents übergegangen, welche Schwurgerichte besitzen; einzelne Veränderungen, zum Theil recht dankenswerthe Verbesserungen, haben bald in diesem, bald in jenem dieser Staaten Eingang gefunden — im Wesentlichen ist das System überall dasselbe geblieben und wir halten uns der Kürze halber bloß an das vom französischen Code d'Instruction geregelte Verfahren. Daß wir dies System wegen der Nähe der Oertlichkeiten, in denen es gehandhabt wird, nicht näher auseinandersetzen müssen, erleichtert uns unsere Aufgabe wesentlich; denn es ist nicht

leicht, zusammenhängend darzustellen, was eben aller Einheit, allen Zusammenhanges entbehrt, oder was noch ärger, wo zusammenhängt, was getrennt sein sollte, und getrennt ist, was eins zu seyn bestimmt war. Wir sehen hier den Richter zum Ankläger werden, und den Ankläger mit richterlicher Gewalt ausgestattet — die Parthei ihren Willen über den des Richters erhebend; wir sehen, wie dem Angeschuldigten zum Nachtheile gereicht, was dem Anschein nach zu seinem Schutze eingesetzt wurde, und wie seine Haft verlängert wird durch eine Einrichtung, die die einzige Bestimmung hat, ihn früher der Freiheit wiederzugeben.

Der Code d'Instruction unterscheidet zwei Hauptabtheilungen des Verfahrens; er bezeichnet die erste als die vorläufige Untersuchung, die zweite als die Hauptuntersuchung. Nun ist aber factisch gerade jene angebliche Voruntersuchung die wesentliche, die eigentliche Untersuchung; von ihrem Gange, von ihren Ergebnissen hängt vorzugsweise das Schicksal des Angeklagten ab; Alles, was nachher geschieht, ist in der Regel nur eine Wiedervorführung, allenfalls eine Wiederbearbeitung des früher bereits Gewonnenen; nur scheint man — da in jener Voruntersuchung Alles so gestaltet ist, daß die Anklage möglichst im Vortheile, der Angeklagte im Nachtheil sich befindet — jetzt, wo der Gegenparthei der ganze bereits gewonnene Vorsprung gesichert ist, dem Angeklagten einige „Chancen des Entrinnens" lassen zu wollen. Indeß geht dies noch immer nicht so weit, daß anzunehmen wäre, es ständen zwei Partheien vor einem unpartheiischen Richter, denn der procureur général, dessen Unterbeamte und Stellvertreter, die zur Verfolgung des Verbrechens aufgestellten Beamteten werden nicht als Parthei vom Richter behandelt. In der Voruntersuchung steht der Richter unter der Ueberwachung des Anklägers; die Aufsuchung von Beweismitteln ist in der Regel Aufgabe des Richters; dafür kann der Ankläger unter gewissen Be-

dingungen — aber freilich hat er zu beurtheilen, ob diese erfüllt sind — das Recht des Richters, über den Angeklagten zu verfügen und aufgefundene Beweismittel selbst zu constatiren, in Anspruch nehmen; — doch das ist es nicht, womit wir uns hier zu beschäftigen haben. Gehen wir einen Schritt weiter: der unter Aufsicht des Generalprocurators handelnde Richter findet endlich, daß die Voruntersuchung, während welcher der Angeschuldigte vertheidigungslos, fast möchten wir sagen, rechtlos in seinen Händen sich befand, lange genug gewährt habe; (— es hängt nur von seinem Ermessen ab, sie zu verlängern) — und es handelt sich jetzt darum, zu bestimmen, was eigentlich mit dem Verhafteten geschehen solle. Ein Antrag des anklagenden Beamteten wird nicht für nöthig gehalten, es wird nicht etwa ihm anheimgegeben, ob er anklagen wolle oder nicht, man giebt ihm bloß Gelegenheit seine Ansicht darzulegen, wenn er will; — der Untersuchungsrichter theilt den Vortrag, den er zweien seiner Collegen erstattet, dem Staatsanwalt vorher mit. Das Collegium hat (wo es sich um schwere, vor die Assisen gehörige Verbrechen handelt) nicht darüber zu entscheiden, ob der Anklage der Staatsanwaltschaft statt zu geben sey, noch darüber, ob der Angeklagte, auch ohne daß ein Ankläger dies fordert, vor Gericht gestellt werden solle; es hat bloß zu bestimmen, ob eine *weitere Berathung* der Frage stattfinden solle, ob der Angeklagte vor die Assisen zu stellen sey oder nicht. Die Berathungen und Beschlüsse dieses Collegiums bieten nun folgende Eventualitäten dar:

1) Sämmtliche Richter finden, daß kein Grund zur Fortsetzung des Verfahrens vorliege, und verfügen die Freilassung des Angeschuldigten. Ob diese Entscheidung eine practische Bedeutung haben soll oder nicht, wird einfach davon abhängen, ob der Staatsanwalt damit einverstanden ist. Ist dies nicht der Fall, so kommt die Sache im

Wege der Berufung (par voie d'opposition) vor die Anklagekammer, die aus eigener Macht die Ergänzung der Voruntersuchung oder die Verweisung des Angeklagten vor die Assisen jederzeit verfügen kann.

2) Es findet sich im Collegium ein Richter, der die Vorlage der Sache vor die Anklagekammer für geboten hält; d. h. die Majorität der Richter findet, daß zu weiterer Verfolgung kein Grund vorliege. Gleichviel, ob die Staatsanwaltschaft damit einverstanden ist oder nicht[37]), wird in diesem Falle die Anklage aufrecht erhalten, was selbstverständlich auch dann der Fall ist, wenn die Majorität für die Anklage ist.

3) Das Collegium findet die Ergänzung der Voruntersuchung räthlich; in diesem Falle wird diese, ebenfalls ohne daß der Wunsch der Staatsanwaltschaft in Betracht zu ziehen wäre, angeordnet.

Es ist also in einem höchst unwahrscheinlichen Falle möglich, daß die Entscheidung der Rathskammer zu Gunsten des Angeschuldigten ausfalle: wenn nämlich alle Richter und der Staatsanwalt für Aufhebung der Untersuchung sind, wobei in Betracht kommt, daß in Bezug auf die Anzahl der Richter zwar ein Minimum, aber kein Maximum gesetzlich festgestellt ist, und daß der Untersuchungsrichter, dessen Vortrag die Basis der Berathungen bildet, der Rathskammer immer angehören muß. — In dem Fall, wo der Untersuchungsrichter für die Erhebung der Anklage ist, sowie, wenn der Staatsanwalt in seinen Conclusionen diese Ansicht entwickelt — ist eigentlich jede weiter Betrachtung der Rathskammer (sofern sie nicht etwa

37) Eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 25. September 1824 erklärt: qu'il (le ministère public) doit avoir connaissance (de la procédure) après que l'instruction est terminée, avant qu'il soit statué par la chambre du conseil sur l'affaire instruite; mais que ces formalités remplies; cette chambre est pleinement saisie et peut prononcer-ce qu'elle juge être bon . . . .

terwerfen. Von der richtenden Anklagekammer müßten demzufolge der Generalprocurator mit seinem Anspruche auf die Zulassung seiner Anklage, auf der andern Seite der Angeschuldigte mit der Forderung diese Anklage abzuweisen, sie für unerheblich zu erklären auftreten; der Gerichtshof, zwischen beiden Parteien stehend, hätte die Entscheidung zu fällen. Es wäre dies eine Verhandlung, ganz analog dem schottischen, dem **Interlocutor of Relevancy** vorangehenden Verfahren, ganz entsprechend den Grundsätzen des Accusationsprocesses. Das Verfahren vor der französischen Anklagekammer ist aber ein wesentlich anderes. — Wir wollen nicht darauf hinweisen, daß der Generalprocurator persönlich vor den Richtern erscheint und daß die unter seinem Einflusse entstandenen Voruntersuchungsacten die einzige Grundlage der Verhandlung bilden; daß der Angeschuldigte nicht persönlich zugegen ist, und bloß ein Mémoire einreichen kann, das, in sehr kurzer Zeit vollendet, oft nicht einmal auf Grundlage der Acten entworfen ist[38]) und das jedenfalls den Anträgen des Generalprocurators nicht entgegentreten kann, weil diese dem Angeschuldigten nicht mitgetheilt werden; — daß also von zwei gleichberechtigten Parteien auch hier nicht zu reden ist. Aber die Anklagekammern haben nicht darüber zu entscheiden, ob eine ihnen vorgelegte bestimmte Anklage begründet oder unbegründet ist; sie haben nur einen Vortrag des Generalprocurators und dessen Anträge anzuhören, und nach Ab-

38) Nach französischem Gerichtsgebrauch hängt die Mittheilung der Acten vom Ermessen des Generalprocurators ab. Attendu que si les procureurs généraux ont la faculté de permettre la communication des procédures criminelles, soit pour faciliter la confection des mémoires dont parler l'article 217, c'est à eux de juger si cette communication officieuse peut se faire sans inconvenient et que lorsq'ils croient devoir la refuser, il n'appartient pas à la chambre d'accusation de l'ordonner etc. . . . Arrêt de la Cour Royale *de Poitiers* du 30. janv. 1832.

lesung sämmtlicher Proceßacten (art. 218 und 222 des Code d'Instruction criminelle) ganz ohne Rücksicht auf die Anträge des Anklägers, ohne Rücksicht darauf, ob der Angeschuldigte diesem entgegentritt oder nicht, zu untersuchen, ob gegen letzteren „Beweise oder Anzeigen einer durch das Gesetz als Verbrechen bezeichneten Handlung vorliegen; und ob diese Beweise oder Anzeigen schwer genug sind, um die Versetzung in den Anklagestand aussprechen zu können" (art. 221). Die Anklagekammer ist also nur darauf angewiesen, die unmaßgebliche Meinung des Anklägers anzuhören, und kann dann ganz, ohne im geringsten auf diese Rücksicht zu nehmen, verfügen, was ihr gut dünkt. Der Verzicht des Angeschuldigten auf Bestreitung der Erheblichkeit der Anklage, der Antrag des Anklägers auf Entlassung des Angeklagten würden gleich wirkungslos bleiben. Sie kann endlich aus den Acten Thatsachen, die beide Parteien unbeachtet ließen, hervorheben, ja selbst neue Untersuchungen anordnen, und nun den Angeklagten wegen einer Handlung, die sie erst bezeichnet, unter der Sanction eines erst von ihr anzuführenden Strafgesetzes vor die Assisen weisen. Die Anklage, wie immer sie gestaltet seyn möge, geht demnach erst von der Anklagekammer aus, sie liegt nicht in den Requisitionen des Staatsanwalts, sondern im Verweisungserkenntnisse, das bestimmt ist, die Grundlage der Anklageschrift, des öffentlichen Beweisverfahrens und des Geschwornenausspruchs zu werden. Die Anklagekammer führt also selbst die Anklage: sie ist Partei und nicht richterliche Behörde. Man wende nicht ein: daß ja die Anklagekammer den Angeschuldigten von der Anklage auch entbinden könne; sollte dies die Parteilosigkeit der Anklagekammer beweisen, so müßte der schottische Lord-Advocate für einen Richter gelten können. Eben weil sie das Recht hat, anzuklagen, hat sie auch das Recht, die Anklage zu unter-

lassen. — Wenn ferner gegen die Entscheidung der Anklagekammer die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt werden kann, so beweist dies nicht, daß sie richterliche Functionen übe, sondern daß der französische Gesetzgeber ihr solche zu übertragen meinte. — Damit aber, daß einer Gerichtsbehörde das Recht zuerkannt wurde, Anklagen zu erheben, wurde dem öffentlichen Ankläger dieses Recht nicht ganz aus den Händen genommen; er entwirft auf Grundlage des Verweisungserkenntnisses die Anklageschrift, er findet in der Voruntersuchung die Beweise für eine Behauptung, die gar nicht von ihm ausgeht; er führt die Anklage vor dem Assisenhofe, wo er zum Ersatze für die Schmälerung seiner Rechte als Ankläger einiger richterlichen Rechte genießt; er kann übrigens dort die Anklage wenigstens indirect fallen lassen, sobald ihm dies angemessen erscheint.

Es könnte indeß wenigstens scheinen, daß diese Verlängerung des Accusationsprincipes dem Angeklagten zu Statten komme, da nun nicht von einem einzelnen abhängigen Beamteten, sondern von einem Collegium von Richtern darüber entschieden wird, ob er vor Gericht zu stellen sey oder nicht? Es drängt sich aber zunächst die Bemerkung auf, daß bei der jetzigen Gestaltung des französischen Processes, für die Erhebung der Anklage Niemand auch nur moralisch verantwortlich gemacht werden kann; der Staatsanwalt beim Untersuchungsgericht wird durch die Rathskammer gewissermaßen verdeckt; der Generalprocurator stellt der Anklagekammer nur unmaßgebliche Anträge; — die Anklage selbst liegt in dem von diesem Antrage ganz unabhängigen Verweisungserkenntnisse, bei dessen Erlassung die Majorität entschied, für das also kein Einzelner verantwortlich wird, weil sein Votum nicht bekannt wird. Die Durchführung der Anklage vor den Assisen fällt nur selten demjenigen Beamteten zu, der auf die Anklagekammer wenigstens berathenden Einfluß übte, also

Jemand, dem die Sache bisher vollkommen fremd blieb, und der berufen wird, eine fremde Ansicht zu verfechten. Keiner also, der auf die Verweisung des Angeklagten einen Einfluß zu üben hat, wird dabei von dem Gedanken in Schranken gehalten, der dem schottischen Staatsanwalt Mäßigung aufzwingt, von dem Gedanken, daß er genöthigt seyn werde, die einmal aufgestellte Ansicht öffentlich zu verfechten; im Gegentheil beruhigt sich das Gewissen jedes Einzelnen sehr leicht dabei, daß er über den Angeschuldigten nicht allein und nichts Definitives bestimmt, daß man ihn ja nur vor die Assisen weise, wo er ja, unschuldig, nothwendig freigesprochen werden muß.

In der That wird wohl kaum Jemand behaupten wollen, es biete die Anklagekammer dem Angeklagten mehr Garantie, als der Assisenhof, und es wäre denkbar, daß Jemand nach öffentlicher, mündlicher Verhandlung von den immer minder argwöhnischen Geschwornen für schuldig erklärt werden könnte, den rechtsgelehrte Richter, die, bloß auf Acten gestützt, nach Anhörung des Anklägers allein entscheiden und die schon mit bloßen Verdachtsgründen sich begnügen dürfen, für anklagefrei erklärt haben würden. Es kann also der Vortheil, den die Berathung der Anklagekammer dem Angeschuldigten gewährt, nur darin bestehen, daß sie dem Unschuldigen die Haftzeit kürzt und die Unnannehmlichkeiten der Hauptverhandlung erspart. — Was nun ersteren Punkt betrifft, so ist allerdings nicht zu läugnen, daß unter gewissen Umständen durch den Ausspruch der Anklagekammer der Angeschuldigte um fast drei Momente früher dem Kerker entkommt, als wenn er erst durch den Ausspruch der Jury befreit würde. Es ist aber doch auch zunächst nicht zu übersehen, daß ein so beträchtlicher Zeitraum nur selten gewonnen würde; es ist dieses nämlich nur dann der Fall, wenn während oder unmittelbar nach dem Schluß einer Assise die Acten an den Generalpro-

curator gelangen. In diesem Fall müßte der Angeschuldigte bis zur nächsten Assise im Gefängniß bleiben, sofern ihn die Anklagekammer nicht losspräche. Indeß dürfte auch hier ein meist nicht unbeträchtlicher Zeitraum verfließen, ehe der Beschluß der Anklagekammer vollzogen werden kann. Der Generalprocurator wird nämlich (art. 217 des Code d'Instruction) allerdings verpflichtet, „innerhalb fünf Tagen nach Empfang der Acten die Sache in Stand zu setzen" (de mettre l'affaire en état) und in zehn Tagen den Bericht an die Anklagekammer zu erstatten: und diese hat innerhalb drei Tagen zu entscheiden. Wenn also der Generalprocurator nicht die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das freisprechende Erkenntniß der Anklagekammer einlegen zu müssen glaubt; — in diesem Falle geht natürlich fast der ganze gewonnene Zeitraum wieder verloren —; so kann etwa 14 Tage nach dem Eintreffen der Acten am Sitze der Anklagekammer dem Angeschuldigten seine Entlassung angekündigt werden. Allein es darf nicht übersehen werden, daß das Gesetz dem Generalprocurator und dem Präsidenten der Anklagekammer zwar obige Fristen auferlegt, aber auf die Nichteinhaltung derselben keine Strafsanction setzt [39]. Sie stehen als pia desideria im Gesetzbuche und nicht etwa in Folge eines Versehens des Gesetzgebers; im Gegentheile wurde mit vollen Bewußtseyn absichtlich die Strafsanction weggelassen, damit der Generalprocurator nicht gar zu sehr bedrängt werde; es machte dies bei der Berathung im Staatsrath der Sectionsvorstand Faure ausdrücklich als einen Vorzug des Entwurfes geltend; aus eben diesem Grunde wurden aus art. 212 des Entwurfes (der dem jetzigen art. 217 entspricht) vor den Worten: „dans cinq jours" die Worte: „sous sa responsabilité" auf Graf

---

39) Vgl. Berenger: de la justice criminelle en France. (Jan. 1818.) p. 415.

Boulay's Vorschlag gestrichen, und somit ausdrücklich der Generalprocurator aller Verantwortung für die Verzögerung entbunden[40]). Die ganze Fristbestimmung besteht also factisch nur zum Nachtheil des Angeschuldigten, dessen Vertheidigungsschrift nur beachtet wird, wenn sie rechtzeitig eingebracht wurde. — Wann das Arrêt der Anklagekammer dem Angeschuldigten angekündiget werden müsse, ist im Gesetze auch nicht gesagt; es können somit auch hier, besonders bei größerer Entfernung der Oertlichkeiten, mehrere Tage verstreichen, ehe das Entbindungserkenntniß dem Verhafteten wirklich zu Gute kommt. Selten wird also dieser auch nur 2 Monate durch das Institut gewinnen. — Untersuchen wir aber jetzt, was für Vortheile er diesen 2 Monaten der Freiheit opfern muß. Es ist wahr, was schon oben als ebenfalls für die Institution der Anklagekammern sprechend erwähnt wurde, es ist wahr, daß die öffentliche Verhandlung vor dem Assisenhofe den Angeklagten, besonders in Frankreich, in höchst peinliche Lage versetzt. Abgesehen von der Qual ängstlicher Erwartung, sieht der Angeklagte sich genöthigt, öffentlich von Gensd'armen umgeben, auf der Bank Platz zu nehmen, die aber- und abermals im emphatischen Style französischer Plaidoyers „die Bank der Diebe und der Mörder" genannt wurde; er wird in der Anklageschrift und in dem Verhör, dem er sich unterziehen muß, vom Staatsanwalt und Präsidenten nichts weniger als sanft und liebevoll behandelt; auch die Zeugenvernehmungen und das Plaidoyer bieten manches Herbe. Zum Theil ließe sich da wohl noch Manchem abhelfen; was aber für den Angeschuldigten das Wesentliche ist, besteht doch darin, daß der Wahrspruch der Jury, die ihn freispricht, ihn für immer willkürlicher Verfolgung entzieht, während das

40) S. Locré: Legislation civile et criminelle de la France. Vol. V. pag. 422.

sungserkenntnisses wird der Angeklagte in das Gefängniß des Assisenhofes abgeführt, und bekanntlich ist erst damit entschieden, daß seine Sache in der nächsten Schwurgerichtssitzung erledigt werden muß. Da also weder vor noch nach der Zeit der Verhandlungen vor der Anklagekammer der Haft des Angeklagten eine gesetzliche Grenze gesteckt ist, kann dieses Verfahren dem vor die Assisen Gewiesenen keinerlei Garantieen gegen willkürliche Festhaltung im Gefängnisse gewähren, selbst wenn der Generalprocurator aus eigener Bewegung den ihm für dasselbe gesteckten Termin strenge einhält. Selbst wenn dieser sich noch so sehr beeilt, ist ja für den vor die Assisen Gewiesenen die ganze Zeit der Verhandlung vor der Anklagekammer eine verlorne — eine für ihn nützliche Verlängerung seiner Haft, und zwar eine Verlängerung, die unter Umständen sehr beträchtlich werden kann (wenn z. B. die Ordonnanz der Rathskammer kurz vor der Eröffnung einer Schwurgerichtssitzung erlassen wird).

Es bleibt uns jetzt nur noch eine Seite der Thätigkeit der Anklagekammer zu betrachten übrig: die juristische Bezeichnung der dem Angeklagten zur Last gelegten That und die Competenzbestimmung. Was die letztere betrifft, so hängt sie bekanntlich in Frankreich (besonders seit Aufhebung der Specialgerichte) unbedingt von der Bezeichnung des Strafgesetzes ab, unter welches die strafbare Handlung fallen soll, so daß sie sich, wie dieses richtig bezeichnet ist, mit mathematischer Gewißheit ergiebt; hiezu also hätte es gewiß der Einsetzung eines besondern Gerichtes nicht bedurft. Zur Beantwortung der Frage: ob ein Verbrechen in der vom Angeschuldigten angeblich begangenen Handlung liege, und welches dieses Verbrechen sey, — scheinen uns allerdings Richter besser geeignet, als die englischen Anklagegeschwornen. Allein entweder soll durch den hierauf bezüglichen Ausspruch der Anklagekammer definitiv

etwas festgestellt werden, oder er hat bloß die Bestimmung, die Anklage vor Verirrungen zu schützen. Heißt es nun aber nicht die Vorsicht gar zu weit treiben, wenn ein so hoch gestellter Beamteter, wie der Generalprocurator, der Inhaber einer Stelle, bei deren Ausfüllung die Regierung unter den besten Juristen wählen kann, wenn dieser noch unter Vormundschaft gestellt wird? Zum mindesten also liegt in dieser Verwendung der Anklagekammer eine ganz ungerechtfertigte Vergeudung von Kräften; überdies tritt auch hier die schon hervorgehobene Theilung der Verantwortlichkeit hervor, durch welche diese fast aufgehoben wird.

Es steht ferner auch die zwitterhafte Stellung der Anklagekammer der wissenschaftlichen Betrachtung ihrer Thätigkeit im Wege; es ist gar nicht zu entscheiden, in welcher Eigenschaft (ob als Ankläger — ob als Richtercollegium) sie sich hier ausspricht; ob auch die juristische Bezeichnung der That eine bloße Behauptung oder eine definitive Entscheidung enthalten soll? Wie sollte indeß letzteres anzunehmen seyn? Die Anklagekammer bezeichnet die verbrecherische Handlung wo möglich mit denselben Worten, mit denen sie in dem nach ihrer Ansicht derselben entsprechenden Strafgesetz definirt wird; und eben diese Stylisirung ist es, die der an die Geschwornen gerichteten Frage, also dem Wahrspruch, zu Grunde liegt. Es ist Sache der Geschwornen, zu beurtheilen, ob die Worte, mit welchen die Anklagekammer die verbrecherische Handlung charakterisirt, das wirklich Vorgefallene genau bezeichnete; es ist Sache des Assisenhofes, zu entscheiden, ob die im Wahrspruch beschriebene Handlung strafbar sey und welches das Strafgesetz, unter das sie falle? Dem Assisenhof steht dies Recht ohne Frage auch dann zu, wenn der Wahrspruch dem Verweisungserkenntnisse wörtlich entspricht. Es ist also der Fall recht wohl denkbar, daß die Entscheidung eines

höher stehenden Richtercollegiums von einem weniger hochgestellten umgestoßen, oder auch — mehr als billig geachtet würde; wie ja factisch das Ansehen der Anklagekammer auch auf den Wahrspruch oft ungebührlich einwirkt[43]).

Aber auch ohne die Möglichkeit ärgerliche Conflicte vor Augen zu haben, müssen wir uns sagen, daß gerade die Anklagekammer am wenigsten zur Lösung der Rechtsfrage berufen seyn könne (diese nämlich liegt im bezüglichen Ausspruch der Anklagekammer; denn, wäre diese entscheidend, so bliebe, nachdem die Jury die Thatsache constatirt, dem Gerichtshof in der Assise nur übrig, die im Verweisungserkenntnisse citirten Artikel des Code pénal abzulesen und anzuwenden). Geht man von der Voraussetzung aus, daß der wichtigen und unbefangenen Lösung dieser Frage die genaue Kenntniß der Einzelheiten dieses Factums (wir möchten fast sagen: der eigenthümlichen Physiognomie desselben) nicht förderlich sey: so kann man gewiß die Anklagekammer hiezu nicht befähiget glauben, da sie ja von den Voruntersuchungsacten Kenntniß nimmt. Wäre es unter dieser Voraussetzung nicht in jeder Beziehung räthlicher, den Assisenhof (der dann auch nie in die Lage käme, einen Fall beurtheilen oder wenigstens verhandeln zu müssen, in Bezug auf welchen er sich nicht für competent hält) darüber entscheiden zu lassen, ehe die Jury gebildet wird. — Sollte dagegen genaue Bekanntschaft mit den Einzelheiten des fraglichen Falles wünschenswerth scheinen; so kann man diese doch wohl der Anklagekammer nicht zuschreiben, die eben nur diese Acten, nicht aber die viel wichtigeren Ergebnisse der Hauptverhandlung kennt; weßhalb man sich in diesem Fall wieder mit dem Rechte des Assisenhofes, die Tragweite des Wahrspruchs zu beurthei-

43) Vergl. Stemann: Die Jury in Strafsachen (Hamb. 1847) S. 284.

len und diesen selbst durch die Fragestellung zu regeln, begnügen könnte. Man muß ferner darauf Rücksicht nehmen, daß, wie schon früher bemerkt, der Ankläger auch in dieser Hinsicht unmittelbar auf die Entscheidung der Anklagekammer einwirken kann, während die Gegenpartei nur eine unter höchst ungünstigen Umständen abgefaßte Vertheidigungsschrift einreichen kann, daß also auch hier kein contradictorisches Verfahren stattfindet. Wollte man sich deßhalb auf den Satz: „Jus novit curia" berufen, so wäre man nur consequent, wenn man auch nach Abgabe des Wahrspruches den Parteien keinen Vortrag gestattete; und selbst dann ließe sichs wohl rechtfertigen, daß keine, nicht aber daß nur eine der beiden Parteien vor der Anklagekammer angehört wird.

Wir glauben also nachgewiesen zu haben, daß *alle jene* Gesichtspunkte, die bei der Regelung des für die Versetzung in den Anklagestand einzuhaltenden Verfahrens festzuhalten waren, von der Gesetzgebung in Frankreich außer Acht gelassen wurden; daß die Anklage keiner bestimmten Behörde ausschließend zusteht, daß die Competenzbestimmung und die juristische Festhaltung der Anklage in unzweckmäßiger Weise geschieht; daß der ganze complicirte Mechanismus dem Angeklagten kein Mittel sichert, sich gegen Verschleppung des Processes zu sichern, und daß, wenn diese Institutionen vor willkürlichen Anklagen schützen — der Schutz durch andere Einrichtungen leichter, sicherer und mit viel geringeren Opfern zu erlangen wäre. Vielleicht ist dies Alles viel energischer in folgenden Worten ausgesprochen, mit denen ein französischer Justizminister die unter dem Namen der Septembergesetze bekannten Ausnahmsmaßregeln empfahl: „Ohne die Interessen des Angeklagten zu verletzen, ohne ihm eine Gewähr entziehen zu wollen, welches Gesetz, Vernunft und Gerechtigkeit fordern, unterdrücken wir die Verfügung der Raths-

kammer und das Verweisungserkenntniß. Alles Uebrige bleibt . . . . . Der Untersuchungsrichter beendigt seine Arbeit, und übergiebt sie der Staatsbehörde, welche untersucht, ob die Sache so reiflich durchforscht und so sichergestellt sey, daß sie's auf sich nehmen könne, den Angeklagten dem Assisenhofe unmittelbar anheim zu geben. Nebenbei gesagt liegt in dieser Entschließung des Generalprocurators eine hinreichende Sicherstellung des Angeklagten; denn ich ziehe die Verantwortlichkeit **eines** Menschen **der mehrerer** vor. Die Verfügung der Rathskammer gewährt dem Angeklagten keinerlei Sicherung; denn es reicht hin, daß eine Stimme sich für Fortsetzung des Processes ausspreche, um ihn dem Cour royale anheim zu stellen; und fände sich kein Richter, der diese Ansicht hätte, so würde der Wille der Staatsbehörde allein ausreichen. Das Erkenntniß der Anklagekammer scheint ein bedeutendes Sicherungsmittel zu seyn..... Es ist wahr, der Angeklagte hat Aussicht darauf, nicht vor den Assisenhof verwiesen zu werden; ebenso wird er die Aussicht haben, daß die Staatsbehörde ihn nicht verfolgen werde; denn daraus, daß verfügt wird, die Staatsbehörde könne, nach Uebernahme der Sache, sie dem Assisenhofe zuweisen, folgt noch nicht, daß dies jedesmal wirklich der Fall seyn müsse; auf die Erfahrung gestützt, behaupte ich, daß sie viel seltener anklagen werde, eben weil sie verantwortlich seyn wird"[42]).

So sprach sich ein französischer Justizminister über das in Frankreich geltende System der Anklagestandversetzung aus; und die Kammern, die den mit solcher Motivirung eingebrachten Gesetzentwurf annahnen, gaben damit stillschweigend die Richtigkeit derselben zu; und man darf wohl

---

44) S. Bogron, Code d'Instruction (Brux. 1846) p. 136.

fragen, wie ein System, das so in sich selbst zerfällt, nur einen Tag nach dieser officiellen Anerkennung fortbestehen konnte. Indeß weiß man ja, daß die ganze Maßregel, aus bloßen Parteitendenzen hervorgehend, von ganz anderen als den angegebenen Beweggründen getragen wurde, und daß diejenigen, die jene Gründe geltend machten, vollkommen bereit gewesen wären, auch die entgegengesetzten geltend zu machen, wenn dies die Plane des Augenblicks gefördert hätte. Viel interessanter ist wohl die Frage, wie man überhaupt dazu kommen konnte, ein solches System einzuführen; irgend ein tief verborgener Vortheil, sagt man sich, muß doch mit diesen Einrichtungen verbunden seyn, wenn Männer von unbestreitbar großer Einsicht sich mit den greifbaren Nachtheilen derselben versöhnen konnten. Eben die gar so schreienden Widersprüche des Systems würden so für dasselbe sprechen, wenn es uns nicht gelingt, dessen Annahme und Aufstellung zu erklären. Dazu ist aber nöthig, einen wenn auch flüchtigen Blick auf die Geschichte der Gliederung des Strafprocesses auf dem europäischen Continent und namentlich in Frankreich zu werfen.

§. 5.

Drei Hauptformen des Strafverfahrens sind es bekanntlich, aus deren Zusammenwirken in den von germanischen Völkern gegründeten Continentalstaaten der Strafproceß zu seiner heutigen Gestalt sich entwickelte, der römische, der germanische und canonische Criminalproceß. Der römische Proceß, obgleich in Einzelheiten mannigfaltig unter den Kaisern umgestaltet, hatte doch im Wesentlichen die alte, früher als die Grundform des Anklageprocesses dargestellte Gestaltung bewahrt. Wir brauchen daher nur einige Bemerkungen über die beiden andern nachzutragen.

Auch das germanische Strafverfahren war, wie dies ja immer bei jugendlichen Völkern der Fall ist, rein accusa-

torisch; aber begreiflicherweise mußte es nichts destoweniger bei den einfachen Verhältnissen der Germanen sich ganz anders entwickeln, als bei den auf der Höhe der Cultur stehenden Römern. Es scheint, daß nur die Entscheidung der jeweilig aufgeworfenen Rechtsfrage Schwierigkeiten hatte; die Nachweisung des Factischen, das Beweisverfahren, machte sich bei der Einfachheit der Verhältnisse, so zu sagen, von selbst. Die Verbrechen, die begangen werden konnten, waren einfach; sie waren meist Thaten der Gewalt, von Uebermächtigen vor den Augen Aller begangen, die zusehen mochten. Die Wahrhaftigkeit war ein so tief wurzelndes Element des Volkscharakters, daß sie viel später als irgend eine andere gute Eigenschaft selbst die verderbteren Individuen verließ. Man glaubte eher an die Möglichkeit eines Verbrechens, als an die einer falschen Anklage, so wie sich selbst bei Personen, die eines Verbrechens fähig waren, nicht unbedingt voraussetzen ließ, daß sie an den Grundsatz aller modernen Verbrecher: „Si fuisti, nega" sich halten würden. Wenn aber doch der Angeklagte Widerspruch gegen die Anklage erhebt, so ergiebt sich dem einfachen Sinne eines unbedingt gläubigen Volkes ein einfaches Auskunftsmittel: die Parteien müssen Gott zum Richter oder vielmehr zum Zeugen anrufen, und Gottes Ausspruch ist es, auf den der irdische Richter sein Urtheil stützt. Es läßt sich also recht wohl begreifen, wie der Zeugenbeweis nur auf Umwegen in das germanische Strafverfahren gelangen konnte, und wie man darauf kam (auch in Civilprocessen), die Feststellung der Thatsachen, als ein ganz außer dem Bereich richterlicher Entscheidung liegendes Moment, erwählten Zeugen anheim zu stellen. Die Pflicht dieser Zeugen war: veritatem dicere [45]). Wie sie jedoch

45) Cap. II. 808. n. 3.; Cap. II. 819. n. 1. S. Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses und der Geschwornen-

die Kenntniß dieser Wahrheit sich verschaffen wollten, das scheint gänzlich ihrem Ermessen überlassen gewesen zu seyn, so daß es allerdings nur auf die Erlangung einer conviction intime ankam. Begreiflicherweise kam damit in das, was jetzt den wesentlichsten Bestandtheil des Strafprocesses bildet, ein starkes inquisitorisches Moment, ohne daß der Proceß selbst, aus dem ja eben das Beweisverfahren ausgeschieden wurde, davon ergriffen worden wäre; der germanische Strafproceß blieb, so lange er rein bestand, accusatorisch. Selbst noch bei den Femgerichten war der Proceß eröffnet, sobald ein Ankläger sich gefunden hatte. Nach altem Recht sehen wir im heimlichen Gerichte der Femgenossen den Kläger seine Klage aufstellen, ohne daß er Beweise anzuführen brauchte. Er hat vorläufig allein Glauben[46]). Nur war es, da nicht für jedes Verbrechen noch für jede Person das Femgericht zuständig war, nöthig, daß vorher Schöffen und Genossen darüber Urtheil fanden, ob die Sache femvroge sey?[47]).

Ein ganz anderer mußte natürlich der Entwickelungsgang im canonischen Rechte seyn. In der Regel entweder bloß mit der Wahrung der sittlichen Ordnung oder mit Aufrechthaltung der Kirchendisciplin beschäftigt, hatte der Strafproceß des canonischen Rechtes mit einem richterlichen Geschäfte nur äußerliche Analogie; in der Person des Bischofes war deshalb in vielen Fällen schon in frühester Zeit Ankläger und Richter vereinigt. Und so kam es, daß aus dem canonischen Processe durch die Natur der Verhältnisse die wesentlichen Elemente des Accusationsprocesses, daß die parteilose, abwartende Stellung des Richters längst verschwunden war, als er noch mit den unwesentlichen Formen

gerichte (Leipz. 1827) S. 123. Wigand, das Femgericht Westphalens. (Hamm 1825.)
46) Wigand a. a. O. S. 374.
47) Ebend. S. 357.

des römischen Processes, aus denen er sich entwickelte, im Streite lag. Es handelte sich da mehr um den äußeren Anstoß zur Eröffnung des Processes; ob dieser vor einem Ankläger (wie allerdings noch lange als die Regel angenommen ward)[48]) oder vor den rügenden Sendzeugen[49]) oder von dem öffentlichen Gerede ausging, hatte auf den weiteren Gang des Processes, sobald dieser einmal eröffnet war, keinen wesentlichen Einfluß. Aber je härter und drükkender sich dieser gestaltete, je weniger der Angeklagte hoffen durfte, unversehrt aus dem Processe hervorzugehen[50]), desto größere Sorgfalt mußte natürlich auf den Ausgangspunkt des Verfahrens verwendet werden. Wenn daher auch nicht mehr eine förmliche Anklage nöthig war, um zur Einleitung eines Processes zu bestimmen, so war doch

---

48) Biener a. a. O. S. 33 ff.

49) Selbst zur Zeit der vollsten Entwicklung der Ketzerinquisition scheint dem Richter die Abweisung einer Anklage nicht zugestanden zu haben. So heißt es bei Eymericus Directorium Inquisitorum haer. prov. (Romae 1588. n. 71. pag. 448): „Inquisitor mandabit accusatori, quod nomina tertium producat .... Et si reperiatur, quod nihil faciant ad factum, *inquisitor consulat accusatori, quod desistat*" — was übrigens noch von Degner (Comm. 14.) bestritten wird. An einer anderen Stelle heißt es und in Bezug auf Accusation: Et attendat inquisitor, quod istum procedendi modum non libenter admittat, tum quia non est in causa fidei usitatus, tum quia accusanti multum periculosum (p. 444). Fast wörtlich dasselbe im Malleus maleficarum (Lugd. 1614) I. 327.

50) Die für einen der Ketzerei Angeklagten günstigste Auslegung des Processes war seine Freilassung: „quia non invenimus aliquid contra te legitime *fore* probatum." — Die Tortur war nicht Beweismittel, wie oft fälschlich behauptet wurde, sondern einer der Proceßausgänge. Bekannte der Torquirte, so verfiel er damit der Strafe; bekannte er nicht, so ward er darum nicht für unschuldig gehalten. Ubi autem decenter (!) quaestionibus et tormentis expositus, noluerit *detegere veritatem*; amplius on vexatus, sed abire libere dimittatur. Nur wenn er es ausdrücklich verlangte, *sollten* ihm die Richter die Freisprechung in der gewöhnlichen, *beschränkten* Weise ertheilen.

bei der denunciatio und der eigentlichen inquisitio große Vorsicht angerathen. Letztere konnte nur dann eintreten, wenn ein verbreitetes Gerücht gegen eine Person sprach, und es war nothwendig, das Vorhandenseyn dieses Gerüchtes zu constatiren, ehe weiter verfahren wurde[51]). Da nur über die Thatsachen, auf welche das Gerücht sich bezog, Inquisition eingeleitet werden konnte und der Angeklagte das Vorhandenseyn des Gerüchtes bestreiten durfte, war es nothwendig, eine dem Anklagelibell analoge Zusammenstellung der Ergebnisse dieser allgemeinen, anerkanntermaßen dem eigentlichen Proceß vorangehenden Untersuchung aufzusetzen. Wo, wie bei der spanischen Inquisition, die Mitwirkung des Fiscalprocurators eintrat, wurde es in diesem Stadium ihm anheimgestellt, auf Captur anzutragen, welche übrigens der Richter auch ohne diesen Antrag verfügen konnte. Jedoch sollte dieser Verfügung eine Berathung mit Verständigen vorangehen. (Habito peritorum consilio, quid facto opus sit deliberat[52]).

Während nun in dem von der Aufeinanderwirkung der römischen, canonischen und germanischen Prozeßformen bestimmten Gange der Strafprocesse in den verschiedenen Ländern das eigentliche Verfahren (bei dem Ueberwiegen der Inquisition die Specialinquisition genannt) theils durch Gewohnheitsrecht und Gesetz, theils (wie namentlich in Frankreich) durch die Mitwirkung eines öffentlichen Anklägers an gewisse feste Regeln, wenn auch nur lose, gebunden war; sah sich in der Generaluntersuchung der Richter nur auf eigenes Ermessen gewiesen; und es läßt sich daher leicht erklären, wie nach und nach, so viel nur thunlich, der Kern der Sache in dieser Voruntersuchung verlegt ward.

---

51) c. 19. X. de accus.; Biener a. a. O. S. 49.

52) Peyna, Comm. n. 16 (l. c. p. 452). Madrider Instruction v. 1569. c. 3.

Dazu kam noch eine humane Rücksicht für den Angeklagten. Es war im Laufe der Zeiten dahin gekommen, daß die Untersuchung nicht selten für härter angesehen werden mußte, als das Urtheil, das im schlimmsten Falle erfolgen konnte, und daß es daher, genau genommen, für den Angeklagten räthlicher war, sich ohne eigentlichen Proceß verurtheilen zu lassen, als in Folge eines ordentlichen Processes freigesprochen zu werden. Dies ist wohl zwischen den Zeilen folgender Worte Böhmer's[53]) zu lesen: „**Utilitas publica quidem inquisitiones commendat, ne delicta maneant impunita; nulla vero ratio exigit, ut id cum injuria reorum graviori fiat, quam qualem vindicta publica sua natura secum fert. Est utique inquisitio specialis res existimationi inimicissima, et intuitu reorum odiosissima. . . . Praejudicium, quod ex ipsa leviorum delictorum poena dependet, longe minus est, quam illud, quod inquisitioni speciali cohaeret.**"[54]) Auf dieses Raisonnement gestützt, zog man auch den Angeklagten selbst, der früher im eigentlichen Proceß vernommen ward, in das Bereich der Generaluntersuchung; man machte dies anfangs dadurch möglich, daß man ihn (wieder mit Nachhülfe des Ketzerprocesses, in dem ja auch der Angeklagte beeidiget wurde) als Zeugen vorlud oder wenigstens unbestimmt ließ, in welcher Eigenschaft er erscheine; und der Angeklagte glitt in einen Criminalproceß allmählig hinein, ohne daß er oder seine Richter bestimmen konnten, wann eigentlich dieser Proceß begonnen habe. Die so entstandene sum-

---

53) Observationes delectt. ad B. Carpzovii J. C. Pract. nov. rerum Crim. Imp. Sax. (Francof. 1759.) Ad quaest. CVII. obs. I.

54) Vielleicht läßt sich daher auch eine Aeußerung Beccaria's erklären, aus der sich ergiebt, daß zu jener Zeit die militärische Untersuchungshaft für minder ehrenkränkend galt. Das Verfahren der Militärgerichte war immer rascher und minder tief eingehend, als das der Civilgerichte.

rische Untersuchung, der Mittelpunkt des ganzen Pro-
es, von dem der Ausgang desselben wesentlich abhing,
: und blieb, wie die Voruntersuchung, formlos — bis
Ende des vorige Jahrhunderts der Ruf nach Reform
h hier durchdrang, und in Deutschland eine bis in die
eren Jahre reichende Reihe von Strafproceßordnungen,
Frankreich weitergehende Versuche ins Leben rief, mit
ien wir uns nun beschäftigen wollen.

Unter den Rechten, die die Constituante dem franzö-
jen Bürger zu sichern sich vorgesetzt hatte, stand das auf
herheit persönlicher Freiheit obenan[55]). Ueber die Sache
st war Alles einig, obgleich zur Verfechtung des Prin-
i noch manche lange Rede gehalten wurde. Wie aber
i Recht mit den Forderungen der Rechtspflege, ja mit
n Abschreckungssystem, an dem die Versammlung fest-
:t, in Einklang bringen? Es wurden die verschiedensten
rschläge gleichzeitig eingebracht und die Verwirrung da-
ch noch gesteigert, daß die Proceßformen gleichzeitig mit
. Grundfragen der Gerichtsverfassung erörtert wurden.
s Beispiel Englands, von Montesquieu, dessen Geist
h immer die Versammlung durchwehte, so beredt empfoh-
, schwebte allerdings als leitender Gedanke vor; es war
es nichts weniger als eine vollständige Kenntniß des
lischen Processes auch nur bei einem Mitgliede zu su-
i. Ward bei einer Erörterung auf englische Einrichtun-
Rücksicht genommen, so wurden bloß Einzelheiten be-
chtet, ohne den Zusammenhang mit Dazugehörigem,
ie die organische Gliederung des Ganzen zu berücksichti-
. Daß dabei von Sonderung des Wesentlichen vom Un-
sentlichen keine Rede seyn konnte, verstand sich von selbst.
is schottische Recht schien gar nicht beachtet zu werden.

Der leitende Gedanke war immer der, daß dafür ge-
gt werden müsse, daß möglichst schnell der Angeschul-

) Art. 7 u. 9 der *Droits de l'homme*.

digte, gegen welchen kein hinreichender Verdacht sich erhoben, entlassen werde, und daß diese Entlassung nicht von der Willkür einzelner Beamteten abhängen solle. Der Conflict zwischen dem Accusations- und Inquisitionsprincip trat nicht in den Vordergrund, obgleich er in den beiden Vorschlägen Sieyes' und Duport's seinen Ausdruck fand. Sieyes schlug vor, den Untersuchungsrichter gewißermaßen unter Controlle zu stellen; auch die Voruntersuchung sollte collegialisch geführt werden (vom juge directeur de l'affaire und zwei der 27 Mitglieder der Jury). Der Conseil d'instruction sollte also rein inquisitorisch vorgehen, dafür aber vom Conseil de decision vollkommen abgesondert seyn[56]). Der Plan Duport's schloß sich ganz dem Aeußerlichen des englischen Musters an. Die Anklagejury soll aus 18 Mitgliedern bestehen; der Eid, den sie ablegt, ist dem englischen nachgebildet, sie verspricht ausdrücklich, von dem persönlichen Wissen jedes Einzelnen Gebrauch zu machen. Der Richter legt dieser Juré (so wird sie hartnäckig fortwährend in der Constituante genannt) die Anklageschrift vor und sie vernimmt die zu deren Unterstützung vorgeführten Zeugen. Auf Grundlage dieser Aussagen klagt die Jury, wenn eine Mehrheit von 12 Geschwornen dafür ist, den Angeschuldigten in ihrem eigenen Namen an (l'accusation, que nous allez porter, heißt es im Eid). Acht Tage nach Erhebung der Anklage muß diese, wenn nicht wichtige Gründe Aufschub heischen, der seconde Jury vorgelegt werden[57]).

Im Wesentlichen wurde dieser Vorschlag auch angenommen und ging ganz in das Gesetz von 1791 über. Der Directeur du Juré soll nach diesem den Angeklagten möglichst bald nach seiner Verhaftung vernehmen, und seine

56) Buchez et Roux, Histoire parlamentaire, vol. V. p. 205.
57) Ebendas. p. 217.

reie Erklärung hören; eine Vorschrift, die freilich sehr urch den Beisatz geschwächt wird, daß er keine question aptieuse stellen soll. Auf Grund dieser und der Zeu- envernehmung entwirft der Directeur du Juré den An- 'ageakt im Einverständniß mit der Civilpartei; er selbst darf le eigenmächtig dies verweigern, muß vielmehr innerhalb 4 Stunden dem Tribunal, dem er angehört, Bericht er- :atten, und der Verfügung desselben nachkommen, wovon n Anklageacte Erwähnung zu thun[58]). Der abgeschlos- ene Anklageact wird dem Staatsanwalt (commissaire u loi) mitgetheilt, dieser hat bloß zu beurtheilen, ob die ı der Anklage und den Acten bezeichnete That wirklich ein Verbrechen schwerer Natur (en portant peine afflictive u infamante) sey. In diesem Falle setzt er auf die Schrift ie Worte: La loi autorise; im entgegengesetzten Falle rklärt er: la loi defend. Ist mit letzterer Ansicht der Di- ecteur du juré einverstanden, so hat dies die Einstellung er Untersuchung zur Folge; bei Widersprüchen entscheidet as Tribunal. Von den (acht) Geschwornen müssen die 'eugen ihre Aussagen erneuern, und auf Grundlage der- :lben entscheidet die Jury per majora, ob der Anklage :attzugeben sey. Sie darf an derselben keinerlei Ver- nderung anbringen, und kann, sofern sie glaubt, daß sie uf ein anderes Verbrechen gehen sollte, dies nur durch die ;ormel ausdrücken: La declaration du juré est, qu'il n'y a as lieu à la présente accusation."[59]) Viel Mühe giebt ch das Gesetz, den Geschwornen ihre Aufgabe klar zu ma- chen: „Sie haben nicht über Schuld oder Nichtschuld zu

---

58) Im offic. Formular einer Anklageacte heißt es: Sur le rapport fait par le directeur du Juré au Tribunal du district, le dit tribunal etc. . . . . En vertu de cette décision le directeur du Juré a dressé le présent acte d'accusation. S. Collection générale des loix etc. vol. VI. p. 618.

59) Loi en forme d'instruction pour la procédure criminelle. L. c. p. 568.

erkennen, sondern nur zu beurtheilen, ob das dem Angeschuldigten zur Last gelegte Vergehen solcher Art ist, daß es die Einleitung eines Criminalprocesses rechtfertiget, und ob die Anklage hinreichend von Beweisen unterstützt wird." Ausdrücklich wird ihnen vorgestellt, daß sie blos deßhalb berufen wurden, weil man nicht leichtsinnig einen Bürger im Gefängnisse halten wolle[60]). — Die unbedingte Ablehnung der Anklage durch die Geschwornen hat auch die augenblickliche Freilassung des Angelagten zur Folge; die angenommene Anklage übernimmt der öffentliche Ankläger aus den Händen der Geschwornen, um den Angeklagten im Namen des Gesetzes zu verfolgen[61]).

Im Wesentlichen finden wir dasselbe System im Code des délits et des peines vom 3. Brumaire IV wieder; nur daß hier die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft eine lebendigere ist; diese ist es auch, die die (noch immer vom Untersuchungsrichter abgefaßte) Anklageschrift der Geschworner vorträgt (art. 238). Die Competenztheilung zwischen dem Directeur du Juré und der Jury selbst ist schärfer dargelegt. Letztere hat so wenig der rechtliche Natur der in der Anklage angegebenen Handlung zu beurtheilen (art. 241), als es jenem zusteht, zu erwägen: ob der Angeschuldigte hinreichend verdächtiget sey (art. 242). Die Anklagejury versammelt sich an jeder Decadi (also monatlich dreimal), — die Urtheilsjury den 15. jedes Monats. Ehe jedoch dieser die Sache anheimgestellt wird, prüft der Commissaire du pouvoir executif am Departementstribunal die vorausgegangenen Acte als Organ des Gesetzes, und nur wenn in dieser keine Formfehler sich zeigten, übergiebt er die Sache innerhalb 24 Stunden dem Accusateur public, der sie in der Schwurgerichtssitzung vorbringen muß (art. 330 und 331).

---

60) Ebendas. p. 567 und 568.
61) Rapport de M. Duport, Buchez et Roux. VIII. 252.

Wir sehen hier im Wesentlichen das englische Muster
chgeahmt, und zwar in der Weise, daß manche bei der
glischen Grand Jury gerügte Mißstände vermieden werden,
d daß der ganz deutlich vorgezeichnete Zweck der Einrich-
ng, den Angeschuldigten vor willkürlicher Haftnahme zu
ützen, vollkommen erreicht wird. Nur ist auf der an-
m Seite ein höchst beirrendes und wenigstens der Klä-
ng der Thatsachen nicht sehr förderliches Durcheinander
r Zuständigkeiten in diesem ersten Stadium des Processes
ffallend. Der Directeur du Jury, der die Sache schon
n einem Officier de police judiciaire übernimmt, kann
on vor Einreichung des Anklageacts mit der Civilpartei
vie mit dem Commissaire du roi und dem Tribunal in
iderspruch gerathen. Jener hat eine ganz eigenthümliche
tellung, die derjenigen des Staatsanwalts im französischen
vilprocesse analog ist, — er erscheint als Organ des
esetzes — eine Stellung, die nicht recht erklärlich ist,
nn man von der Voraussetzung ausgeht, daß ja eben
r Richter für Wahrung des Gesetzes zu sorgen habe. Je-
nfalls ist die Stellung nicht sehr verantwortlich, da die
klage von diesem Commissaire nie ausgeht, ja in gewis-
n Fällen nicht einmal an seine Zustimmung gebunden ist.
ie schwer es übrigens war, die Anklagegeschwornen auf
n gesetzlich ihnen zustehenden Wirkungskreis einzuschrän-
n, geht aus Klagen, die bald darüber vernehmbar wur-
n, deutlich hervor; es scheint, daß die Geschwornen mit
ßen Verdachtgründen sich nur selten begnügten, und wenn
von der Schuld des Angeklagten nicht vollkommen über-
ugt waren, sich weigerten, ihn anzuklagen[62]). — Indeß
re trotz aller dieser Mißstände das System vielleicht halt-
r gewesen, wenn es nicht nach den Resultaten der er-

2) Comté, Considérations sur le pouvoir judiciaire (Vorr.
zur Uebersetzung Phillips. Par. 1818) p. 210.

sten Jahre allein wäre beurtheilt worden, — Jahre bekanntlich, in denen die entfesselten politischen Leidenschaften Beispielloses und gewiß nur wenig den ordentlichen Gang der Rechtspflege Förderndes bewirkten. Dazu kam, daß die Gerichtsverfassung die Einwirkung localer Parteizwiste auf die Entscheidung der Gerichte nur zu sehr begünstigte. Die Richter waren für bestimmte Zeit vom Volke gewählt, der **Directeur du Jury** behielt sein Amt nur 6 Monate. Der Tribunale waren ungemein viele (jeder District hatte eins) und das Territorium war von einer Unzahl Richter und Staatsanwälte bedeckt; je mehr Richter aber erforderlich, je weniger günstig sie gestellt waren, desto geringer waren die Ansprüche, die man an sie stellen konnte.

Hören wir nun die Umgestaltung, welche im Jahre 1808 dieses System erlitt, und insbesondere die Aufhebung der Anklugejury nur zu erklären, die Motive an, die man dem gesetzgebenden Körper angab: so kommen sie nur auf dasselbe hinaus: die Anklagegeschwornen seyen ihrer Aufgabe nicht gewachsen. „Allzuoft", bemerkte Treilhard im **Corps legislatif**, „wurde der Gang eines Processes durch eine gutmüthige, aber unüberlegte Erklärung abgeschnitten. Die Anklagejury müsse aus dem, was sie wisse, einen Schluß auf das ziehen, was man noch nicht wisse; eine solche Abwehrung mache aber nicht daran Gewöhnte stutzen, und es werde in dieser Verlegenheit das Gleichgewicht zwischen Ankläger und Angeklagten nicht immer festgehalten." Die Anklagejury, sagt ein anderer Redner, werfe sich zum Richter auf, und spreche frei, wo die Schuld nicht ganz erwiesen sey. Auch sehe sich der **Directeur du Jury** genöthigt, Einfluß auf ihre Entscheidungen zu nehmen, und die Erklärung gehe daher oft factisch von ihm aus [63]).

---

63) Vortrag des Staatsraths Faure in der Sitzung von 24. Nov. 1808.

Diese Motive könnten ausreichen, wenn zu dem Mittel gegriffen worden wäre, das ganz nahe lag, wenn man der ohnehin jetzt einheitlichen organisirten Staatsanwaltschaft das Recht, auf eigene Verantwortung anzuklagen, gegeben hätte. Man kann nicht einmal sagen, daß dieser Ausweg übersehen wurde, denn wir sehen, daß er einmal im Staatsrath ausdrücklich vorgeschlagen wurde. Es ist aber ein ganz eigenthümliches Zusammenwirken und Ausgleichen der verschiedensten Ansichten, woraus die bezüglichen Artikel des Code d'instruction criminelle entstanden. — Gegen Ende des Jahres XII beschäftigte sich der Staatsrath mit dem Entwurf eines Code criminel, der das formelle, wie das materielle Strafrecht umfassen sollte. Da in jener Zeit alle Ergebnisse der letzten Revolutionen wieder in Frage gestellt wurden, und bei gewissen Personen ein unermüdlicher Eifer sich zeigte, früher beseitigte Zustände wieder herzustellen, kam natürlich auch die Frage über Beibehaltung der Jury zur Erörterung. Auf der andern Seite war das Geschwornengericht schon so beliebt im Lande, daß sich selbst unter den Augen Napoleon's, der ihm offenbar nicht günstig war, eifrige Verfechter desselben fanden, die seine Wirksamkeit in keiner Weise geschmälert wissen wollten. So lebhaft indeß die hierüber am 16 Prairial XII geführte Debatte war, bietet sie für gegenwärtige Frage wenig Erhebliches. Man sah die beiden Zweige des Geschwornengerichts als von einander untrennbar an und da einmal entschieden war, daß das ganze Institut nicht beseitigt werden sollte, fand Treilhard (derselbe, der 4 Jahre später dem Corps législatif die Aufhebung der Anklagejury als glücklich vollendete Thatsache anpries) keinen Widerspruch, als er erklärte: es sey offenkundig, daß eine Jury weder der Gesellschaft, noch dem Angeklagten hinreichende Garantien biete[64]).

---

64) Locré, vol. XXIV. p. 48.

Noch in derselben Sitzung erklärte sich der Staatsrath für die Beibehaltung der Anklagejury, jedoch sollte die Anklageschrift vom Staatsanwalt (**Magistrat de sûreté**) entworfen und vom Untersuchungsrichter vidimirt werden. Es sollte künftig die Anklagejury keine Zeugen vernehmen und die Anklage nur annehmen oder verwerfen dürfen. Ob dann eine auf ein anderes Verbrechen lautende Anklageschrift vorgelegt werden sollte, sollte vom **Magistrat de sûreté** abhängen[65]).

Aber schon am 8. **Brumaire XIII** war die Anklagejury wieder in Frage gestellt. Es war ein Gesetzentwurf über die Vereinigung der Civil- und Criminaljustiz eingebracht; der **Art. 10** dieses Entwurfs lautete: „**Le tribunal (de première instance) remplira les fonctions de jury d'accusation.**" Es ward bei wiederholter Beachtung (wobei nochmals die für die jetzige Stellung der Anklagekammer wichtige Aeußerung fiel: man wolle die verfassungsmäßig zugesicherte Anklagejury ja nicht aufheben, sondern nur das Tribunal — zur Jury machen) in der Sitzung vom 15. **Brumaire XIII** der Beschluß gefaßt, die Anklagejury nicht aufzuheben.

Bei der Wiederaufnahme der Berathungen im Anfange des Jahres 1808 erklärte sich der Kaiser gegen die Anklagejury, weil sie doch nur Acten lesen könne, und nach diesen zu urtheilen schwer sey; weil sie zu leicht lossprechen — und weil eine Berufung gegen ihre Anklage nicht möglich sey[66]). Damit war das Schicksal der Anklagejury besiegelt, und es handelte sich nur mehr darum, wer nun „ihre Functionen übernehmen" sollte — denn diese sollten ja nicht ganz beseitigt werden. Die Berathung fällt nun ganz mit der über die Gerichtsverfassung zusammen.

---

65) Article 99, 108 u. 109 des am 3. Vendemiaire XIII. vorgelegten Entwurfes, a. a. O. S. 221 ff.

66) Staatsrathssitzung v. 6. Februar 1808, a. a. O. S. 621.

Die constituirende Versammlung hatte, die Uebergriffe der Parlamente vor Augen, möglichst kleine Tribunale eingesetzt, was indeß den Einfluß und das Ansehen dieser Gerichtshöfe sehr schmälerte. Es war ein Lieblingsplan des Kaisers, großen, angesehenen Corporationen die gesammte Rechtspflege zu übergeben, und insbesondere einem und und demselben Gerichtshof die Civil- und Criminaljurisdiction anzuvertrauen. Allein namentlich die Juristen im Staatsrathe scheinen heftigen Widerwillen gegen dieses Project empfunden zu haben, und, da offenbarer Widerspruch zu nichts geführt hätte, legten sie dem Kaiser technische Schwierigkeiten aller Art in den Weg; besonders die Versetzung in Anklagestand ward hiezu benutzt. Nach Beseitigung der Anklagejury hatte die mit dem Entwurfe beschäftigte Section vorgeschlagen, die Versetzung in Anklagestand den Gerichten erster Instanz zu überlassen. Zum Plan des Kaisers paßte dies nicht; es wurden also Einwendungen aller Art erhoben, namentlich, daß die nur sehr kleinen Gerichte erster Instanz Parteieinflüssen allzusehr zugänglich seyen. Die Section schlug nun vor, die Versetzung in Anklagestand von der Uebereinstimmung zwischen dem Procureur impérial und dem Untersuchungsrichter abhängen zu lassen[67]). Aber auch dieser Vorschlag fiel zu Boden: der Kaiser ward bei seiner Entscheidung von ganz andern als juristischen Betrachtungen geleitet. Es findet sich hierüber noch eine in anderer Beziehung höchst merkwürdige Aeußerung desselben im Protokoll der Sitzung vom 23. Januar 1808. Es erfaßt ihn, in dessen Händen jetzt alle Geschäfte zusammenströmen, ein Schauder vor dem Bewußtseyn seiner ungeheuren Verantwortlichkeit, ein Zweifel am Ausreichen selbst seiner Kräfte: Personne en effêt n'agit efficacement pour l'Empereur. *L'Empe-*

67) A. a. O. S. 656.

reur est obligé de surveiller et reprimer directement les abus d'autorité et les prévarications, *de défendre lui-même les citoyens contre l'administration* et contre tout ce, qui a quelque puissance dans l'empire . . . *Maintenant chaque fonctionnaire fait ce qu'il veut et il ne faut pas moins que mon charactère* et le vif désir, que j'ai de rendre mes sujets heureux *pour empêcher le desordre.* Es sey also politische Nothwendigkeit, große juristische Collegien einzusetzen, qui aient assez de force pour exercer des poursuites contre quiconque s'écarte de son dévoir. Diese großen juristischen Corporationen sind die Cours impériales, in deren Händen alle Theile der Rechtspflege vereinigt werden sollten; in Civil- und Zuchtpolizeisachen ging die Berufung an sie; in Bezug auf schwere Verbrechen war, so lange die Jury beibehalten werden sollte, eine zweite Instanz nicht denkbar; man konnte also in Bezug auf diese der Cour impérial nur die Functionen der Anklagejury zuweisen. Den Kaiser leitete hiebei noch die Betrachtung: daß es ein wesentlicher Fehler des damals geltenden Systemes sey, daß die Justiz erst von der Regierung in Bewegung gesetzt werden müsse[68]). Bringt man diese Bemerkung mit der obigen in Verbindung, so wird leicht bemerkbar, daß der Kaiser, der eben an der Möglichkeit verzweifelte, die Organe der Regierung selbst genügend zu überwachen, während an eine Ueberwachung von unten aus, an eine Controlle durch die öffentliche Meinung nicht zu denken war, es räthlich fand, den Procureur général in seiner ohnehin so großen Gewalt durch den Gerichtshof möglichst einzuschränken.

Vom Standpunkt der damaligen Politik aus ist dies gewiß vollkommen gerechtfertigt; aber über die politischen

68) L. c. p. 674.

ücksichten wurden die processualischen ganz außer Augen
lassen; und so erscheint denn statt einer Partei ein sach-
rständiges Richtercollegium als Ankläger; die Thätigkeit
ner am Ort des Untersuchungsrichters monatlich dreimal
h versammelnden, die Zeugen selbst vernehmenden Jury
ernimmt ein zwar permanentes, aber weit entferntes,
af Acten hingewiesenes Richtercollegium, das den Angeklag-
n vor einen Gerichtshof verweist, der nur viermal im Jahre
ısammentritt. Der Vollständigkeit wegen muß auch für
e Thätigkeit des die Entscheidungen des Directeur du
ıry übernehmenden Districtstribunals ein Ersatz gefun-
n werden; freilich hatte es einen Sinn, daß, ehe einer
nklagejury eine Sache übergeben wurde, die daran ge-
üpfte Rechtsfrage vor einem Richtercollegium entschieden
urde, während die Berathung zweier Gerichtshöfe über
ne *bloße* Vorfrage keinen Sinn hat — genug, da die
nklagekammer bloß an die Stelle der Anklagejury trat,
ußte für jene Thätigkeit des **Tribunal du district** auch
n Träger gefunden werden, und er fand sich in der **Chambre**
ı **Conseil**.

Wir sehen also, daß bei der Einrichtung des jetzt in
ankreich geltenden Systems der Versetzung in Anklage-
ınd nicht bloß bei der Erörterung der einzelnen Proceß-
:men, die Principien, aus denen diese consequent sich ent-
ckeln sollten (namentlich das Accusationsprincip), ganz
ßer Anschlag blieben, sondern daß es nicht einmal un-
geordnete Gründe der zweckmäßigen Proceßführung wa-
n, die hier bestimmten[69]); daß vielmehr die mehr oder

---

69) Einwendungen, wie die Treilhard's, daß die Sache vor der Anklagekammer zu sehr in die Länge gezogen werden müsse, daß Richter, zu sehr geneigt seyen, anzuklagen, daß ihre Anklage zu sehr ins Gewicht falle — beseitigte der Kaiser immer mit der Bemerkung: *daran liege* nicht viel, weil die Cour im-

weniger zweckmäßige Vertheilung der richterlichen Thätigkeit von politischer Convenienz dictirt wurde, — von Verhältnissen, die bloß in Frankreich und bloß damals galten. Es durften daher, wenn auch nur der Ursprung der in dieser Hinsicht geltenden französischen Gesetzgebung berücksichtigt wurde, diese so wenig auf andere Länder übertragen werden, als es räthlich war, die englische Grand Jury einzuführen, wo deren Voruntersuchungen fehlen. Jedermann darf fordern, ordentlich gerichtet zu werden, wenn er angeklagt wird: *aber eben deßhalb hat Niemand ein Recht, nicht angeklagt zu werden.* Weder die englische Grand Jury, noch die französische Anklagekammer helfen dem Angeklagten dazu, früher vor seinen Richter zu kommen, früher seinen Rechtsstreit endgültig abgeschlossen zu sehen. Aber beide zersplittern die einzelnen im Proceß auf einander wirkenden Thätigkeiten, sie nehmen diesem seine Einfachheit und erschweren dadurch die Ueberwachung des Geschäftsgangs durch die Oeffentlichkeit; sie verwirren den Sinn des Volkes durch sonderbare Instanzengliederungen, den der Geschwornen durch widersprechende Anklagen, und entziehen dem Angeklagten mehr oder weniger den Anblick des Anklägers. Sie nehmen durch eine principwidrige unzweckmäßige Theilung der Arbeit weit mehr Kräfte in Anspruch, als nothwendig wäre. Wo Privatankläger in eigenem und nicht der Staatsgewalt Namen anklagen und für bösen Willen und Fahrlässigkeit haften, bedarf es keiner Grand Jury; wo der Staatsanwalt für Pflichtverletzungen wirklich zur Verantwortung gezogen werden kann, ist es nicht nöthig, ihn durch einen Gerichtshof überwachen zu lassen und die Anklage aller Verantwortung zu entheben, indem man sie lähmt.

---

périale den Angeklagten nicht für schuldig erkläre, sondern nur *anklage*. Sitzung vom 13. Februar 1808. Locré a. a. O. S. 631.

Archiv
des
Criminalrechts

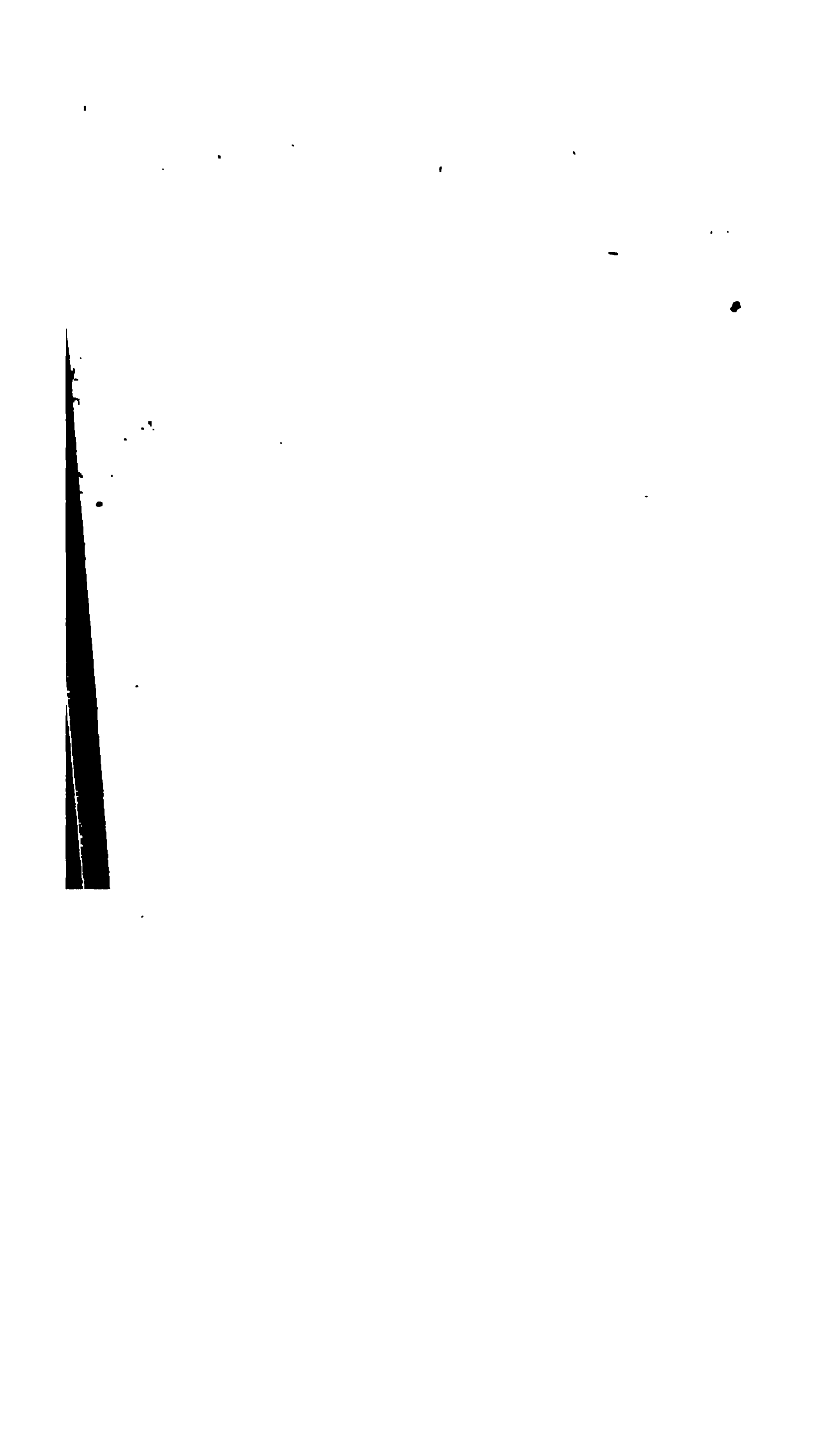
Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

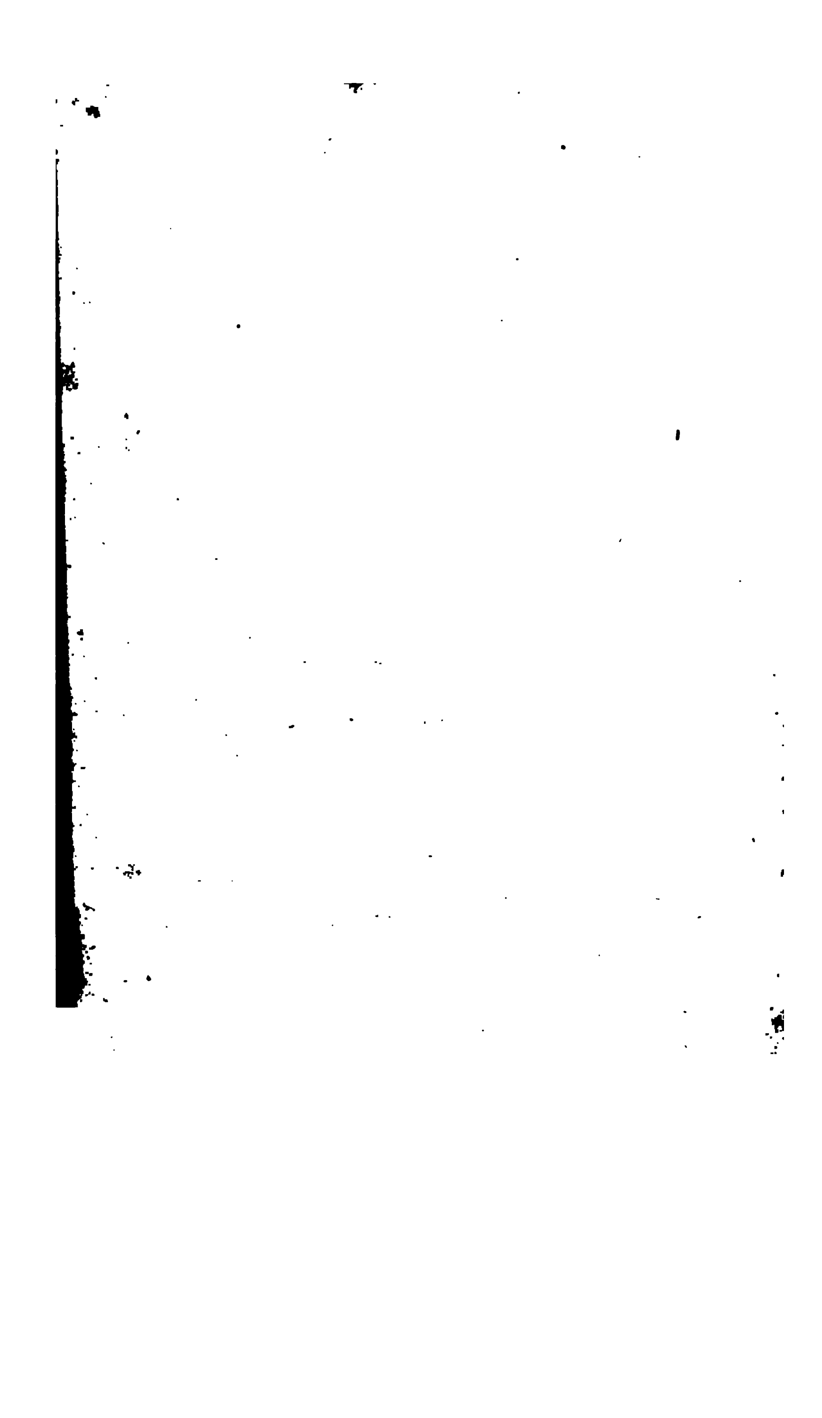
J. F. H. Abegg
in Breslau
A. W. Heffter
in Berlin,
C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,
J. M. F. Birnbaum
in Gießen,
E. Herrmann
in Göttingen,
H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1852.
Drittes Stück.

Halle,
C. A. Schwetschke und Sohn.
(M. Bruhn in Schleswig.)
1852.



Inhalt.



XIV.

Der Begriff der Staatsanwaltschaft.

Von

Herrmann.

I.

Es wäre ein vergeblicher Versuch den Begriff der Staatsanwaltschaft bestimmen zu wollen, wenn sie nur ein Name wäre, mit welchem üblicher Weise eine Magistratur bezeichnet würde, deren Beruf in einer Menge verschiedenartiger und durch keinen gemeinsamen Grund mit einander verbundener Functionen bestände. Der Mangel eines solchen Grundes wäre freilich für die Theorie eben so unbequem, als für die praktische Gestaltung des Instituts nachtheilig. Die Theorie hätte es mit einer Einrichtung zu thun, bei welcher durch den Mangel des einheitlichen Charakters die Möglichkeit einer wissenschaftlichen Entwickelung, die Ableitung des Besondern aus einem Allgemeinen, die Ausscheidung des Wesentlichen von dem Zufälligen, die Entscheidung der Controversen aus der ratio des Instituts, geradezu ausgeschlossen wäre. Die praktische Gestaltung aber sähe sich in der schlimmen Lage, statt von einem folgenreichen Grunde und einem das Institut beherrschenden Principe getragen zu werden, dem Experimentiren nach schwankenden Zweckmäßigkeitsrücksichten sich überlassen zu müssen. Es würde

ihr nie gelingen, durch solche erborgte Stützen dem Institute die innere Festigkeit und den gesunden Zusammenhang zu verschaffen, den es nicht schon in sich selbst trägt, und der es allein, besonders bei der Vielheit unserer Legislationen, vor baldigem Zerfahren schützen kann.

Wie eifrig aber auch unsere Wünsche für die Zukunft der Staatsanwaltschaft seyn mögen, deren guten Einfluß auf die Rechtspflege man vielfach erfahren hat, — sie können uns wohl anfeuern dem gesuchten Begriffe nachzugehn; aber sie vermögen ihn weder zu ersetzen, noch den Gedanken auszuschließen, daß der Mangel eines solchen Begriffs das immerhin mögliche Resultat einer Untersuchung bleibt, die unbefangen nachforscht, welchen Zusammenhang des innern Grundes das wichtige Institut in unserm Rechtssysteme etwa besitze.

Eine ungünstige Erwartung in dieser Beziehung wird durch zwei Umstände erweckt. Zuvörderst fällt die Unbestimmtheit des Namens auf — Staatsbehörde, öffentliches Ministerium, Staatsanwaltschaft. Diese Bezeichnungen sind in der That von einer so unerhörten Vagheit und hier die Functionen des Amtes so wenig charakteristisch, daß der Verdacht unwillkührlich auftaucht, es werde entweder der Gegenstand selbst der innern Bestimmtheit, oder doch seine doctrinelle und legislative Behandlung des Bewußtseyns derjenigen Bestimmtheit ermangeln, welche vielleicht in der Sache selbst noch unentdeckt liegen mag. Und dieser Unbestimmtheit der technischen Bezeichnung entspricht sodann auch das durchgängige Schwanken über die Kategorie des öffentlichen Dienstes, der das Amt angehört, und über den Grundtypus seiner Functionen. Bald werden die Mitglieder des öffentlichen Ministeriums als Justizbeamte, bald als Verwaltungsbeamte bestimmt, bald sollen sie bloße Partheivertreter, bald zur selbständi-

gen Geschäftserledigung befähigte Obrigkeiten seyn. Mög=
lich, daß nach allen diesen Richtungen das Institut mit
gutem Rechte sich hinerstreckt, aber unmöglich, daß es zu=
gleich ein einheitliches Ganzes und doch nichts weiter
ey, als das Aggregat so widersprechender Stellungen
und Berufe, von denen natürlich ein jeder eine verschie=
dene Organisation verlangt, — ein Verlangen, mit dem
wieder die Einheit des Instituts nicht zusammen besteht.
Entweder ist Staatsanwaltschaft nur ein äußerlicher Rah=
men für mannichfaltigsten Inhalt, der bald genug die
grundlose Verbindung sprengen wird, oder wir müssen
ine Einheit erkennen, aus welcher jene verschiedenen
Richtungen hervorgehn, und welche daher ihren Wi=
derspruch nicht nur theoretisch löst, sondern auch ein prak=
tisches Gestaltungsprincip liefert.

Für diese Erkenntniß ist bisher wenig geleistet. Denn
ohne ungerecht zu seyn, darf man behaupten, daß die gäng
und gäben Versuche, den Begriff der Staatsanwaltschaft
überhaupt näher zu bestimmen[1]), in zwei Klassen zerfallen,

---

1) Unberücksichtigt bleiben diejenigen, die sich absichtlich nur auf eine besondere Seite der StA. beziehen, z. B. die strafprocessualische. Es steht natürlich frei, ein Stück des Ganzen loszulösen und für sich zu behandeln, und Niemand hat sich zu beklagen, daß er im Verständniß des Ganzen nicht weiter kommt, wenn ihm nur das eines Stückes versprochen ist. Freilich wird auch dieses letztere mangelhaft bleiben, wenn der wahre Schlüssel der Erklärung, der doch nur im Ganzen liegt, mangelt; namentlich werden ohne diesen auch die der besondern Seite angehörigen Thätigkeiten immer als vereinzelte erscheinen, die ihre Verweisung an das nämliche Organ der Ausübung nur der Willkühr oder höchstens dem Nützlichkeitsermessen des Gesetzgebers verdanken. Ein lehrreiches Beispiel davon ist Boitard leçons sur les codes pénal et d'instr. crim. (publ. par de Linage. ed 5. Paris 1851) S. 275, der sich umsonst abmüht, die verschiedenen Vollmachten des Staatsanwalts in Strafsachen auf gemeinschaftliche Hauptgesichtspunkte zurückzuführen. Brauer in den Beiträgen zur Erläuterung der Strafgesetzgeb. in Baden, Bd. 1. S. 159, scheint geradezu darauf zu verzichten.

von denen die eine sich mit einer in Definitionsform gebrachten Aufzählung von einzelnen Functionen begnügt ohne irgend einen Blick in ihre Einheit zu gewähren, die andere aber eine Einheit zwar aufstellt, aber in ungenügender Weise. Der erstere Mangel herrscht mehr bei den französischen, der letztere mehr bei den deutschen Schriftstellern. Von beiden lassen wir einige Repräsentanten sprechen.

In der Reihe der ersteren hebt Schenck sein bekanntes Werk damit an [2]), daß er die Staatsanwaltschaft als die Kategorie von Beamten bezeichnet, „welche bei der Rechtspflege die Interessen des Staates, der Regierung, der öffentlichen Ordnung zu verfolgen, an der Vertheidigung der moralischen oder sonst handlungsunfähigen Personen theilzunehmen, über die Vollziehung der Gesetze und Urtheile zu wachen, verschiedene Arten von Beamten in der Ausübung ihrer Functionen zu beaufsichtigen, den Vermittler zwischen der Regierung und verschiedenen gerichtlichen Auctoritäten abzugeben, von Amtswegen die Verbrechen und Vergehen zu verfolgen, die Thätigkeit der Gerichte und die gesetzliche Ahndung zu veranlassen und die gesprochenen Straferkenntnisse zur Vollziehung zu bringen haben." Gewiß wird Niemand in dieser langathmigen Definition etwas Anderes, als eine Aufzählung von Einzelnheiten finden, denen es an jeder Einheit so sehr mangelt, daß ihre Verbindung in demselben Organe der Ausübung gar wunderlich erscheint. Eben so unerklärt bleibt das Wesen des Instituts in dem Werke von Ortolan und Ledeau, wo die allgemeine Einleitung über Geschichte und Charakter des öffentlichen Ministeriums uns nicht mehr über den letzteren offenbart, als daß jede

2) Schenck traité sur le ministère public. Paris 1813 Bd. I. S. 1.

entwickelte Rechtsverfassung feste Einrichtungen bedürfen wird zur Vertretung des Staats= und Krongutes, zur Verfolgung der Verbrechen und zum Schutz handlungsunfähiger Personen [3]). Indem für diese Functionen kein Grund des Zusammengehörens gezeigt, sondern ihre Zusammenfassung in dem Amte des öffentlichen Ministeriums nur als **belle conception** gerühmt wird, ist auch hier von einem Begriffe der Staatsanwaltschaft nicht die Rede.

Bei den deutschen Juristen zeigt sich zwar ziemlich allgemein das Gefühl, daß man bei einer bloßen Detailaufzählung nicht stehen bleiben dürfe: allein die Art und Weise, wie sie diesem Mangel abhelfen, ist doch völlig ungenügend. Mit Abweichungen untergeordneter Art wiederholt sich bei ihnen der Gedanke, daß das öffentliche Ministerium das den Gerichten an die Seite gesetzte Staatsamt sey, welches die Anforderungen der allgemeinen Ordnung an die Rechtspflege zu vertreten habe. Indem wir uns lediglich an diese von Daniels [4]) angenommene Fassung des Begriffs als das

---

3) Ortolan et Ledeau le ministère public en France. (Paris 1814.) Bd. I. S. XI flg.

4) Grundsätze des rheinischen und französ. Strafverfahrens §. 37. Aehnlich Bauer Lehrbuch des Strafproc. §. 256: (die Staatsbehörde hat den Beruf „über die Beobachtung der Gesetze zu wachen und das Interesse des Staats bei der Justizpflege zu wahren."); Frey die Staatsanwaltschaft in Deutschland und Frankreich S. 16: (sie hat „die Interessen des Staats in gewissen, gesetzlich bestimmten öffentlichen und Privatangelegenheiten vor den Gerichten des Landes zu vertreten."); Schmitt im Gerichtssaal 1849. Bd. 1. S. 276: (das öffentl. Min. hat den Beruf, bei den Gerichten „die Gesammtheit, den Staat, in allen Rechtsangelegenheiten, die das Gemeinwohl betreffen, zu vertreten, über die Aufrechthaltung der guten Ordnung zu wachen, die Anwendung und den Vollzug der Gesetze zu verlangen.") und AA. Von Einfluß auf diese und ähnliche Fassungen des Begriffs ist das französ. Ges. v. 24. August 1790. Tit. VIII. Art. 1. gewesen in d. W. leurs fonctions consistent à faire observer, dans les jugemens à rendre, les

Object unserer Kritik halten, hoffen wir durch eine Andeutung ihrer Hauptmängel die ganze Klasse von Juristen zu treffen, von welcher Daniels ein hervorragender Repräsentant ist.

Was zunächst die allgemeine Ordnung anlangt, welche vertreten werden soll, so kann diese möglicher Weise gedacht seyn als der gesammte geordnete Staatszustand, welcher sowohl die Ordnungen des Rechts als die der bloßen Wohlfahrt und des gemeinen Nutzens in sich begreift. Diese Zweideutigkeit, die noch mehr bei den Schriftstellern hervortritt, welche der Staatsanwaltschaft eine Vertretung der Interessen der Gesammtheit oder des Staats zuschreiben, ist nun zwar gewiß zu Gunsten der Ordnungen des Rechts zu lösen, da jene Vertretung bei der Rechtspflege statt finden, also in einer Sphäre bei der Staatsgewalt sich *bethätigen* soll, welche lediglich der Rechtsverwirklichung und nicht der Befriedigung der bloßen Anforderungen des gemeinen Nutzens dient. Es hätte nicht allein keinen Sinn, sondern wäre das schwerste Attentat gegen die Justiz, wenn man ein öffentliches Organ zur Geltendmachung bloßer politischer und Wohlfahrtsinteressen da einrichten wollte, wo diese Interessen gar keinen Anspruch haben gehört und befriedigt zu werden [5]). Und so ist jedenfalls unter der

---

loix qui intéressent *l'ordre général*. Bei Mittermaier (Strafverfahren §. 41, Mündlichkeit, Anklageprincip u. s. w. S. 313) findet sich mehr Annäherung an die bei den erst erwähnten französischen Juristen übliche Behandlung, was insoweit sein gutes Recht hat, als die übliche Begriffsbestimmung bei den deutschen Juristen durch ihre Unbestimmtheit und ihr gänzliches Verfehlen des specifischen Berufs der Staatsanwaltschaft leer und unbrauchbar, ja gefährlich wird.

5) Die Vorstellung, daß darauf eigentlich die Staatsanwaltschaft hinauslaufe — eine Vorstellung, die zu verschiedenen Zeiten durch Regierungssünden Nahrung erhalten hat — hat ehrenwerthe Zweifel gegen das ganze Institut erzeugt. Vgl. Mittermaier Mündlichkeit u. s. w. S. 314.

Ordnung die mittels der Gerichtsbarkeit zur Verwaltung kommende Rechtsordnung zu verstehen, das Prädicat der allgemeinen aber nur deshalb hinzugefügt, um von der staatsanwaltschaftlichen Geltendmachung ihrer Anforderungen Alles auszunehmen, was rechtlich in der Verfügungssphäre des Privatwillens liegt [6]).

Wenn nun aber diese allgemeine Ordnung durch die Staatsanwaltschaft vertreten werden soll, so ließe sich dagegen schon deshalb gegründete Einsprache erheben, weil der Begriff der Vertretung auf die als Rechtssubject nicht vorstellbare Rechtsordnung nicht anwendbar seyn kann. Doch lassen wir es uns gefallen, wenn man diesen Einwand dadurch beseitigt, daß Vertretung hier nicht im streng juristischen Sinne, sondern in der weiteren und vulgären Bedeutung genommen werde, in welcher sie auch *das berufene* Handeln im Dienste allgemeiner Zwecke und Aufgaben in sich begreift, und kraft welcher daher auch der Beruf, bei der Rechtspflege die Anforderungen der Rechtsordnung geltend zu machen, als eine Vertretung der letztern bezeichnet werden darf. Allein gerade dann erhebt sich das wichtigste Bedenken gegen den ganzen Begriff, welches darin besteht, daß dann der Unterschied der Staatsanwaltschaft von den Gerichten nicht mehr festgehalten werden kann. Denn was ist denn anders der Beruf der Gerichte, als: die Rechtsordnung, wo sie verletzt ist, in dem letztern Sinne zu „vertreten", das Organ zu seyn, durch welches die Rechtsordnung so zu sagen handlungsfähig wird, und gegen die

6) Daß dies die Meinung von Daniels ist, zeigt die der Definition der Staatsanwaltschaft beigefügte Bemerkung: „Ihre Befugniß erstreckt sich auf alle Ausübungshandlungen der Gerichtsbarkeit, mögen sie verfassungsmäßig den Gerichten selbst, oder nichtrichterlichen Beamten anvertraut seyn, jedoch nur insoweit kein Recht der Verfügung durch Privatwillen entgegensteht."

Verletzung auch reell sich zu behaupten im Stande ist? Das Gericht ist es und soll es unverkümmert bleiben, dem die Geltendmachung des Gesetzes bei Rechtsbrüchen, und hiermit auch die Sorge für richtige Anwendung des Gesetzes und die Wahrung des dem Rechtsbruch gegenüber begründeten öffentlichen Interesses der Handhabung der Rechtsordnung zukommt, — ein Beruf, den man nicht einem vom Gerichte verschiedenen Organ ebenso wesentlich zuschreiben kann, ohne ihn dem Gerichte zu entziehen oder doch zu schmälern. Jene Vorstellung von der Vertretung der Forderungen der Rechtsordnung durch die Staatsanwaltschaft muß unausbleiblich, so lange sie festgehalten wird, die bekannten Gränzverwirrungen mit dem Richteramte erhalten und nähren, die sich in ihrer höchsten Spitze in der Ansicht concentriren, daß es zulässig sey, den Richter bei Vornahme von Proceßhandlungen unter *besondern* Umständen von dem Staatsanwalt vertreten zu lassen[7]). Von dieser Ansicht aus wird man sich auf die Dauer der Frage nicht entschlagen können, ob nicht zur Vereinfachung der Sache das, was „unter besondern Umständen" statthaft ist, zur Regel erhoben und wenigstens die ganze *Untersuchungsgerichtsbarkeit* dem Staatsanwalte überlassen werden könne. Gegen die Bejahung würde sich jedenfalls aus dem Principe der „die Forderungen der Rechtsordnung vertretenden" Staatsanwaltschaft nichts einwenden lassen, und wir würden uns wenig überrascht finden, wenn unser Criminalproceß auf solche Weise durch die Staatsanwaltschaft selbst in den Hafen des Inquisitionsverfahrens wieder zurückgesteuert würde. Freilich läßt man sich gerade durch diesen offenbaren Mangel einer materiellen Gränze zwischen ihr und dem Richteramt dazu antreiben,

7) *Code d'instr.* art. 32 flg. (Boitard im a. W. S. 276. 284 flg.), noch weiter gehend die Badische StrPO. Art. 43. 46 flg. Vgl. Mittermaier im a. W. S. 324 flg.

um so eifriger nach einem formellen Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden zu suchen; und dieses wird von den Meisten dahin bestimmt, daß die Staatsanwaltschaft nur auffordert und anregt, wo das Richteramt die Anforderungen an die Rechtshülfe selbst zu erfüllen hat [8]). Allein abgesehen davon, daß wenigstens eine innere Nothwendigkeit nicht abzusehen ist, weshalb die Staatsgewalt als Verwalterin der Rechtsordnung sich in ein diese Aufgabe selbst erfüllendes und ein zu dieser Erfüllung aufforderndes Organ spalten soll, ist dieser formelle Unterschied auch nicht einmal richtig, wenn er anders das specifisch Eigenthümliche der beiden Justizorgane überhaupt bezeichnen soll. Denn die Gerichte handeln ebensowenig immer nur auf Anregung der Staatsanwaltschaft, als die Thätigkeit der letzteren in bloßer Anregung der Gerichte *ohne eigene* Geschäftserledigung aufgeht. Für den Strafproceß ergiebt sich das erstere schon aus der Fortdauer des Untersuchungsprincips im neuen Anklageprocesse, das letztere aber z. B. daraus, daß in Bezug auf die Vollziehung gerichtlicher Verfügungen und Urtheile gerade das Umgekehrte wahr ist, also das Richteramt als das Auffordernde und Anregende, die Staatsanwaltschaft aber als das Erfüllende erscheint. —

Hiernach besteht die Aufgabe noch immer fort, die Staatsanwaltschaft auf ihren Begriff zu bringen. Wir hoffen ihm näher zu kommen, indem wir allen allgemeinen Sätzen von Vertretung der allgemeinen Ordnung u. dgl., mit denen sich nichts aufstellen läßt, gänzlich entsagen, und von concreten historischen Begriffen unserer Gerichtsverfassung ausgehend, den wirklichen Zusammenhang der Staatsanwaltschaft mit ihnen und dadurch auch der letzteren in sich zu zeigen versuchen.

---

8) So Daniels a. a. O.

Dieser Weg verlangt weder ein weitschichtiges Eingehen in die Geschichte der Gerichtsverfassung, noch eine Darstellung der Geschichte der Staatsanwaltschaft, sondern vielmehr nur, daß wohlbekannte germanische Einrichtungen und Rechtssätze, welche aber unter verkehrter Einmischung des römischen Rechts und abstracter Behandlung der Lehre von der Gerichtsbarkeit noch immer zu leiden haben, von dieser Verkümmerung befreit werden. Indem eine solche verkehrte Behandlung gerade auf den Punkt drückt, in welchem unseres Erachtens der wahre Grund der Staatsanwaltschaft liegt, nämlich die Unterscheidung der Gerichtsherrlichkeit und der Gerichtsbarkeit im engern und eigentlichen Sinne, erklärt sich auf diese Weise zugleich die auffällige Erscheinung, daß jener Grund sich dem juristisch gebildeten Blicke in unserer Zeit so beharrlich entzogen hat [9]).

II.

Die Gerichtsbarkeit im weitern Sinne, d. h. die verwaltende Justizhoheit im Gegensatze der gesetzgebenden, oder die öffentliche Gewalt, welche den Schutz und die Aufrechthaltung des Rechts im Wege des Gerichts bewirkt, zerfällt, soweit wir rechtshistorisch germanische Einrichtungen verfolgen können, in zwei nach Inhalt wie nach Or-

9) Von neuern Schriftstellern hat mein verewigter College Falck das Verdienst, in seinem Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Privatrechts Bd. 3. Abth. 1. S. 5 flg. die Wichtigkeit der obigen Unterscheidung für das Begreifen der bestehenden gerichtlichen Einrichtungen hervorgehoben zu haben. Leider ist das bezeichnete Werk, das unter seinem unscheinbaren Titel eine Fülle der trefflichsten staatsrechtlichen, processualischen und privatrechtlichen Ausführungen birgt, von den Juristen außerhalb der Herzogthümer viel zu wenig gekannt und gebraucht. Es ist eine wahre Fundgrube gesunder und aus reichem geschichtlichen Wissen stammender Gedanken.

gan und Form der Ausübung differente Bestandtheile, die man unter Benutzung noch jetzt in der Rechtssprache vorkommender Ausdrücke als Gerichtsherrlichkeit und als richterliche Gewalt (Gerichtsbarkeit im engern Sinne) passend bezeichnet. Die Geschichte dieses Unterschiedes zeigt einen Wandel in demselben wohl insofern, als die Beschaffenheit der Organe und der Thätigkeitsformen der beiden Gewaltszweige, ja auch ihr Antheil an Rechten und Pflichten wechselt, indem bald der eine bald der andere bedeutsamer hervortritt und einen reicheren Inhalt besitzt: wie denn im Mittelalter das Recht des Gerichtsherrn ein umfangreicheres ist, in der neuern Zeit aber seit dem Untergange der Schöffengerichte die richterliche Gewalt ein immer weiteres Gebiet der Gerichtsbarkeit in ihren Kreis gezogen hat. Allein der Unterschied *selbst ist* unwandelbar vorhanden, und behält auch insoweit einen übereinstimmenden Charakter, als der Gerichtsherrlichkeit der Gedanke einer Gewalt zu Grunde liegt, welche die gerichtliche Erledigung der Rechtssachen möglich zu machen und die dazu erforderlichen Maßregeln und Veranstaltungen zu treffen hat, während von der Gerichtsbarkeit im engern Sinne diese Erledigung selbst geleistet wird.

Nach dem Rechte des Mittelalters[10]) überwiegt, wie gesagt, die Gerichtsherrlichkeit so sehr, daß sie den gesammten Inhalt der Gerichtsbarkeit nur mit Ausnahme der eigentlichen Rechtsprechung in sich faßt, und demnach die von ihr unterschiedene richterliche Gewalt nur als eine

---

10) Vgl. Savigny Geschichte des Röm. Rechts im MA. Bd. 1. S. 185 flg. (2. Ausg.); Grimm deutsche Rechtsalterthümer S. 750; Maurer Gesch. des altgerman. Gerichtsverfahrens §. 5 flg. 53 flg. 83 flg.; Waitz deutsche Verfassungsgesch. Bd. 1. S. 110 flg. 172 flg. Bd. 2. S. 326 flg. S. 417 flg. u. AA.

Urtheilsgewalt erscheint. Wohl mag der Zweifel aufgeworfen werden, ob ein Antheil an der Gerichtsbarkeit, der nur die Rechtsprechung enthält, noch angemessen als richterliche Gewalt bezeichnet werde; und zu seiner Verstärkung mag der bekannte Sprachgebrauch der mittelalterlichen Quellen dienen, die das Prädicat judex nicht den Subjecten der Urtheilsgewalt (Schöffen) sondern vielmehr dem zur Ausübung der gerichtsherrlichen Rechte bestellten Beamten beilegen [11]). Allein dies ändert natürlich nichts an der Sache, auf die es hier allein ankommt, daß nämlich auch das Recht des Mittelalters innerhalb der Gerichtsbarkeit zwei nach Quelle, Organ, Function, Inhalt verschiedene Bestandtheile unterscheidet, die wir mit den oben vorgeschlagenen technischen Ausdrücken selbst dann bezeichnen dürfen, wenn es für die individuelle Gestaltung dieses Unterschieds im Mittelalter angemessener seyn sollte, statt des Ausdrucks richterliche Gewalt etwa den der rechtsprechenden zu substituiren.

Die Gerichtsherrlichkeit nun ist ihrer Quelle nach eine ursprünglich königliche [12]), später seit Entwickelung der Landeshoheit landeshoheitliche Gewalt — die rechtsprechende ebenso ursprünglich und wesentlich dem Volke, bestimmter dem Volkskreise zugehörig, welcher

11) F. E. Pufendorf de jurisdict. german. P. I. c. I. §. 2. 4. c. III. §. 1—4. Die Wichtigkeit dieses Sprachgebrauch sinkt freilich wieder dadurch, daß das Wort judex im MA. kein bestimmt abgegränztes Gebiet gerichtsbarkeitlicher Rechte umfaßt, ja oft ganz allgemein von Beamten überhaupt gebraucht wird. Waitz im a. W. Bd. 2. S. 323. Und in der That muß bei dem Gegensatz von Richter und Schöffen weniger an die Vertheilung der juristischen Bestandtheile der Gerichtsbarkeit, als an den politischen Gegensatz des obrigkeitlichen und des gemeindlichen Antheils an der Gerichtsbarkeit gedacht seyn, so daß also der Richter nicht deshalb Richter heißt, weil er allein die richterliche Gewalt hat, sondern weil er ein obrigkeitlicher Beamter ist.

12) natürlich seitdem Königthum besteht. Da es hier nicht auf Rechtsgeschichte als solche abgesehen ist, wird nur das Typische hervorgehoben.

den Träger des durch Rechtsprechung zu verwirklichenden Theiles der Rechtsordnung bildet. Das Organ der ersteren sind immer Obrigkeiten, und zwar entweder die Könige selbst, oder die erst ernannten später erblichen Inhaber des Grafenamts, oder sonstige aus den Immunitäten und aus der Vielherrigkeit des Mittelalters hervorgegangene politische Auctoritäten und die von ihnen ernannten Beamten: — das Organ der zweiten sind die dem organischen Volkskreise selbst angehörenden und das Rechtsbewußtseyn desselben darstellenden Schöffen. Die Function der ersteren ist Gebot und Verbot, unmittelbare selbst zwangsweise Anordnung (Bann), den Urtheilern gegenüber Frage, Antrag; — die Function der zweiten ist der Rechtspruch, das Urtheil. Der Inhalt der ersteren, in dessen Reichthum sich vorzugsweis der mittelalterliche Zustand charakterisirt, umfaßt insbesondere 1) diejenigen Veranstaltungen, welche die gerichtliche Thätigkeit überhaupt möglich machen, vornehmlich die Bestellung von Richtern und Urtheilern, Sorge für die gerichtlichen Localitäten; 2) die Gebote und Anordnungen, durch welche das Gericht zur Verhandlung und gerechten Entscheidung einzelner Rechtssachen in den Stand gesetzt wird, also die Anordnung der Gerichtssitzung, die Ladung der Schöffen, Partheien, Zeugen; 3) bei der Verhandlung selbst die Macht des Befehles und des Zwanges, wodurch das Verfahren in seinem Verlaufe nach den geltenden Proceßnormen geleitet wird, über welche die Schöffen, da nöthig, das Recht weisen; 4) die Vollstreckung des von den Schöffen abgegebenen Urtheils.. Und mit diesen Rechten, die ebensoviele Pflichten sind, deren Erfüllung auch Geldaufwendungen erfordert, steht sodann 5) der gerichtsherrliche Anspruch auf die sog. Gerichtsnutzungen in Verbindung, insbesondere die Geldbußen, die Confiscationen, die verfallenen Cautionen. An diese

Rechte aber, die man als die allgemeinen in Bezug auf alle gerichtlich vorhandenen Rechtssachen sich äussernden Ausflüsse der Gerichtsherrlichkeit bezeichnen darf, schliessen sich dann wegen inneren Zusammenhangs noch andere von specieller, durch besondere Voraussetzungen bedingter, Natur an, wie an das zweite die Maßregeln zum gerichtlichen Schutz handlungsunfähiger oder sonst besonders schutzbedürftiger Personen, an das fünfte verschiedene gerichtliche Vermögensverwaltungen u. s. w.

Die wichtigste Veränderung, welche diesen Rechtszustand traf, hat ihren Grund in dem Aufhören der Schöffengerichte, und besteht darin, daß die obrigkeitliche Gewalt zur Haltung des Gerichts, Leitung seiner Verhandlungen und Vollstreckung seiner Urtheile mit der früher im Volke ruhenden der Rechtsprechung bereichert wurde, also nunmehr auch das Organ der Urtheilsgewalt dieses sein Recht aus der Gerichtsherrlichkeit ableitete. Jetzt waren alle Bestandtheile der Gerichtbarkeit im weitern Sinne in dem Rechte des Gerichtsherrn dergestalt zusammenbegriffen, daß er für die Ausübung ihres gesammten Inhalts als die Quelle erschien, und damit war die Grundlage für die neuere staatsrechtliche Idee gewonnen, daß das Staatsoberhaupt, indem es die Staatsgewalt als Totalität in sich vereinigt, auch die Quelle aller Gerichtsbarkeit sey, und die Gerichte nicht blos kraft seines Rechts bestellt und besetzt werden und verfahren, sondern daß sie auch kraft derselben Auctorität und in deren Namen die Urtheile sprechen [13]).

Diese Veränderung war jedoch weit entfernt, zu einem Aufhören der alten Unterscheidung von gerichtsherrlicher und richterlicher Gewalt zu führen. Ihr Grund war

13) Die aus der Patrimonialgerichtsbarkeit (richtiger Patrimonialgerichtsherrlichkeit) fliessende Beschränkung dieses Satzes dürfen wir hier übergehen. Vgl. darüber Falck a. a. O. S. 10. 11.

ja durch das Zusammengehn sämmtlicher Gerichtsbarkeitsbefugnisse in der nämlichen Quelle oder dem nämlichen Gefäße nicht allein nicht aufgehoben, sondern eben hierdurch dergestalt verstärkt, daß die schärfste Sonderung in den Organen der Ausübung beider Gewalten verlangt war. Und so kam der Grundsatz zur Herrschaft, daß die richterliche Gewalt nicht von dem Staatsoberhaupte in Person oder von seinen unmittelbaren Regierungsgehülfen, sondern lediglich von verfassungsmäßig bestellten Gerichten verwaltet werden dürfe, die, wenn sie auch ihr Recht erst aus dem seinigen ableiten, doch in dessen Ausübung von seinem Einflusse völlig unabhängig seyn müssen. Die Wirkung jener Veränderung bestand demnach wohl in einer Zunahme der königlichen resp. landeshoheitlichen Gerichtsbarkeitsrechte, allein in einer solchen, welche nur dem einheitlichen Ganzen des Staats zu Gute kam, ohne der Landesobrigkeit selbst eine weitere Sphäre ihrer persönlichen Theilnahme an der Rechtspflege zu verschaffen. Ja jene Zunahme führte sogar die bedeutendste Abnahme in der letzteren Beziehung mit sich, und brachte es zu dem oben erwähnten Uebergewicht der richterlichen über die gerichtsherrliche Gewalt, welche die neuere Zeit im Gegensatz zum Mittelalter charakterisirt. Dieser Punkt nimmt nach der Intention des gegenwärtigen Aufsatzes eine besondere Wichtigkeit in Anspruch: er bildet den Uebergang zur Staatsanwaltschaft.

Als nämlich die Urtheilsgewalt durch den Untergang der Schöffengerichte mit der Gerichtsherrlichkeit sich verband, wurde zur Ausübung der ersteren kein schlechthin neues Amt geschaffen, sondern sie wuchs dem vorhandenen Amte zu, welches bis dahin zur Verwaltung der ausgedehnten gerichtsherrlichen Befugnisse in den einzelnen Rechtssachen bestimmt gewesen war, und nunmehr durch allerhand Verbesserungen seiner Organisation (insbesondere

fugnisse bei den einzelnen Gerichten unmittelbar wahrzunehmen völlig außer Stande ist. Nur für die untergeordnetste aller gerichtsherrlichen Zuständigkeiten bestand früher sporadisch ein besonderes Amt in den Fiscalen, welches vorzugsweise der Verfolgung und Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Seite des gerichtsherrlichen Rechtes in den einzelnen Rechtssachen diente [16]. Allein es ging an der Aermlichkeit seines Berufes und an der mit der Aenderung des Strafensystems steigenden Leere seines Geschäftskreises zu Grunde.

Ein Rechtszustand, wie der angeführte, der sich als bloßes Vorhandenseyn eines richterlichen Amtsorganismus und Fehlen eines gerichtsherrlichen charakterisiren läßt, und die Bebürdung des ersteren mit fremdartigen Vollmachten im nothwendigen Gefolge hat, wird so lange wenigstens möglich, wenn auch nicht besonders zweckmäßig bleiben, als nach der bestehenden Proceßordnung die einzelnen Rechtssachen keine andere justizverwaltende Thätigkeit, als die richteramtliche, zu ihrer Erledigung erfordern. Die Sache ändert sich, sobald die Proceßgesetze außerdem noch die regelmäßige Mitwirkung einer andern für Justizzwecke bestellten Obrigkeit verlangen, wenn also z. B. für den Strafproceß die neue Anklageform adoptirt wird. Sobald dies geschieht, ist die Einrichtung einer bei den einzelnen Gerichten gegenwärtigen und thätigen Magistratur schon vorausgesetzt, welche zwar dem Organismus der Rechtspflege, aber nicht dem richterlichen, sondern — nach historischem Begriffe und Zusammenhange — dem gerichtsherrlichen angehört. Und so erklärt es sich, weshalb gerade die Einführung des neuen Anklageprocesses

16) Vgl. darüber die guten Nachweisungen bei Daniels im a. W. S. 49 flg.

e Staatsanwaltschaft in Deutschland heimisch machen
ußte. Abgesehen vom Anklageproceß hätte sich die letz-
re wohl als gute Einrichtung empfohlen, aber erst durch
n wurde jede Wahl, jede Möglichkeit sie abzulehnen aus-
schlossen. Abgesehen von ihm mochte man discutiren,
es zweckmäßig sey und des Aufwands verlohne, für
ntbürdung des Richteramts von manchen disparaten Ge-
häften der Justizverwaltung und für die Möglichkeit un-
ittelbarer Wahrnehmung des gerichtsherrlichen Berufes
ei den einzelnen Gerichten einen besondern Zweig des Ju-
zdienstes einzurichten: mit der Entscheidung für den
uen Anklageproceß war die Einrichtung eines solchen im
orwege entschieden, und es konnte nur noch darauf an-
mmen, dem neuen Amte außer dem unmittelbar Noth-
endigen, nämlich der Erhebung und Betreibung der öf-
ntlichen Klage wegen Verbrechen, seinen weiteren, im
nern Zusammenhange der Justizverwaltung begründeten,
erufskreis zu übertragen. So gewinnt in der
Staatsanwaltschaft neben dem richterlichen
in gerichtsherrlicher Amtsorganismus wie-
er Boden.

III.

Dieser Boden war nicht verloren worden in einem
ande, wo die frühzeitig erstarkte Macht des Königthums
ch der Festhaltung und selbständigen Vertretung der ge-
ichtsherrlichen Rechte zu Statten kam, — in Frank-
eich [17]). Hier besteht schon seit dem 14. Jahrhundert

---

17) Genaueres über die Geschichte s. bei Maurer im a. W. S. 146 flg.; Biener Gesch. des Inquisitionsproc. S. 192 flg.; Stein Gesch. des französ. Strafrechts und des Proc. S. 387. 484 flg. 666.; Daniels im a. W. S. 38 flg.; Faustin Hélie traité d'instr. crimin. Bd. I. S. 465 flg.; Ortolan et Ledeau, im a. W. Bd. 1. S. XI flg.

eine mit der Wahrnehmung königlicher Rechte bei den Gerichten beauftragte Magistratur (procureur du roi), welche in ihrem Beginne, den deutschen Fiscalen ähnlich, die vermögensrechtlichen Interessen der Krone vertritt, allein bald zu der wichtigeren und inhaltsreicheren Stellung eines Verwalters derjenigen Gerechtsame sich ausdehnt, welche in der königlichen Pflicht für Handhabung des Rechts zu sorgen begründet, neben und bei den einzelnen Gerichten durch Antrag, Aufsicht, selbständige Verwaltung auszuüben sind [18]). Deshalb hat die Procuratur Verbrechen zur gerichtlichen Cognition zu bringen und an dem inquisitionalen Verfahren durch Anträge sich zu betheiligen, für den Vollzug der gerichtlichen Urtheile und Beschlüsse zu sorgen, beziehungsweise ihn zu überwachen, auf die Erhaltung der Gesetze in der Anwendung der Gerichte zu dringen, die Begeisterung der Gesetze und Edicte zu betreiben, den Rechtsschutz der Interdicirten, Abwesenden und der physischen und juristischen Personen wahrzunehmen, die unter dem besondern Schirme des Königs stehen u. s. w [19]).

---

18) Auch bei der justice seigneuriale gab es Procuratoren zur Wahrnehmung der gerichtsherrlichen Befugnisse, die aber niemals eine den königlichen Procuratoren gleiche Wichtigkeit erlangen konnten; ihnen fehlte die aus der staatsrechtlichen Stellung des Königthums (*li rois a de son droit le général garde de son roïaume* Beauman. 34, 41) stammende Bedeutung für den öffentlichen Zweck der Rechtspflege, und sie blieben mehr Vertreter der individuellen besonders der fiscalischen Interessen ihrer Herren.

19) Sehr interessant ist der völlig ausgebildete Charakter des Instituts, wie er aus der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts in einem Werke des großen französischen Juristen Budé (Budaeus Forensia. Lutetiae 1548. fol.) an verschiedenen Stellen hervortritt. Er schreibt ihm eine nuntiatio (im römischen Sinne), intercessio und inspectio zu, nennt es seinem Zwecke nach tutelae popularis mandatum, asylum popularium, legum ac sanctionum propugnaculum, destitutorum hominum, vim passorum, impotentiae, oppressorum patrocinium, und sagt von ihm: cum in fide *principis* ut pupillorum nomen viduarumque, ita legum vio-

Das Vorhandenseyn dieser Magistratur in ihrer durch die Gesetzgebung Ludwigs XIV. abgeschlossenen Organisation erhielt den gerichtsherrlichen Beruf in scharfer Sonderung von der richterlichen Amtsgewalt, indem sie dem ersteren ein so zu sagen peripherisches, in den einzelnen Gerichtsbezirken und bei den einzelnen Arten der Gerichtshandlungsbereites, Organ gewährte, dessen er in Deutschland gänzlich entbehrte, wo ihm nur ein centrales Organ zu Gebote stand. Führte dieses Nebeneinander des richterlichen und gerichtsherrlichen Staatsamts auch zu mannigfachen Gränzstreitigkeiten zwischen beiden, so verfehlten doch auch diese nicht, der Ausbildung des eigenthümlichen Charakters eines jeden zu dienen: und weit entfernt, daß die königliche Procuratur ein bereites Mittel zur Geltendmachung politischer Gesichtspunkte bei der Rechts-

---

latarum aut contemptui habitarum querela, immo vero charitas reipublicae orbata patrocinio, posita sit, cognitor ille principis populique actionum nomenclatura splendere ut illustri sic jejuna videtur, nisi strenuum patrocinium germanumque, non inani persona fucatum, tanto nomini respondeat. Er warnt vor der Depravation, die dem wohlthätigen Institute durch Verwendung fur Zwecke des Ehrgeizes drohe, wozu schlimme Erfahrungen reichlichen Anlaß geboten zu haben scheinen. In quem omnes suas actiones princeps populusque transscripserunt, is cunctorum et singulorum vicem dolere pro sua debet. Cognitor publicus sic se *Regium* meminisse debet, ut tamen princeps non minus illi populi jura, id est *publica*, quam regia fiscique commendata voluerit (S. 134. 135. 224. 225.). Im Ganzen ist Budé der damaligen Wirksamkeit der Procuratur, besonders im Criminalprocesse, nicht günstig, schiebt aber die Schuld auf die gesunkene Strenge des allgemeinen Rechtssinns und der öffentlichen Sitte: temporum conditio disciplinaque semper bonos et commendabiles mores aut aluit aut imminuit, nec tam singulorum hominum culpa quam universorum quodam consensu peccatur in rebus hujusce generis. Hujus honoris nomen olim et seculis melioribus, non etiam doctioribus, venerandum et sacrosanctum fuit; quo tempore non in candida ambitus peti, sed deferri praerogativa virtuti faventium et suffragatu famae solebat.

pflege gewesen wäre, diente die Verbindung, in welche sie institutionell mit den Gerichten unmittelbar gesetzt war, im Ganzen mehr dazu, um durch stete Berührung auch in dem gerichtsherrlichen Amte das Bewußtseyn seines Bestimmtseyns für den Justizzweck zu erhalten und zu pflegen. Eine blos centrale und ebendeshalb von dem unmittelbaren Verkehre mit den Gerichten getrennte Ausübung der gerichtsherrlichen Befugnisse wird der Gefahr, diesen Gesichtspunkt zu verlieren und politischer Einmischung dienstbar zu werden, weit mehr ausgesetzt seyn.

Obschon das öffentliche Ministerium nicht blos äußerlich eine Schöpfung des Königthums war, sondern auch mit der monarchischen Verfassungsidee auf das engste zusammenhing, welche in dem König das ursprüngliche Subject der Staatsgewalt erblickt und damit auch die Sorge für die Handhabung des Rechts und für die dazu erforderlichen Veranstaltungen als seine ursprüngliche Befugniß und Schuldigkeit auffaßt [19a]), — so war doch der Fortbestand jenes Amtes durch die Fortdauer der Monarchie ebensowenig bedingt, wie nach dem Beispiele Deutschlands das Daseyn des ersteren von dem Daseyn der letzteren unabtrennbar ist. Die Revolution hat es denn auch nicht zerstört, sondern ihm nur die Uebel zugefügt, die von abstracten Staatsbildungsversuchen selbst auf diejenigen Einrichtungen ausgehn, die man aus dem Ueberlieferten aufnimmt. Zwar begann man gleich mit einem

---

19a) Es ist daraus leicht abzunehmen, was wir von der Wahrheit einer Betrachtung halten, wie die Jagemann's im Gerichtssaal 1849. Bd. 2. S. 218: „In einem absoluten Staat läßt sich die Staatsanwaltschaft nicht wohl denken, weil sie die Anerkennung des Anklagesystems, und dieses wieder ein öffentlich-mündliches Verfahren, und letzteres ein Schwurgericht voraussetzt, mithin Einrichtungen, welche zu viel Democratisches in sich tragen, als daß sie mit dem Absolutismus zu vereinigen wären."

Versuche gründlicher Desorganisation, welcher auf einmal den verständigen Zusammenhang und die sittliche Würde an der Wurzel angriff, die das Amt deshalb bewahrt hatte, weil seine Traditionen es als Justizorgan charakterisirten: man theilte es in zwei Aemter des commissaire du roi (dann du pouvoir exécutif) und des accusateur public [20]). Allein nachdem die Frucht dieser Trennung eine durch die Revolution rasch großgezogene Ausartung und Verwilderung des letzteren Amtes gewesen war, kehrte man von dieser Episode wieder zur Herstellung des frühern einheitlichen Amtes zurück, welches denn auch mit einzelnen nicht wesentlichen Modificationen, die sich z. B. aus der vollständigen Durchführung des Anklageprocesses ergaben, der neuesten Zeit überliefert worden ist [21]). Nur darin scheint ein das Institut im Ganzen betreffender und für seine weitere Entwickelung nicht unbedenklicher Wandel zu liegen, daß es, mit den neueren Kategorieen des französischen Verfassungsrechts in Verbindung gesetzt, von seinem alten Einheitsgrunde abgekommen ist, den es in dem gerichtsherrlichen Berufe der obersten Landesobrigkeit besitzt. Während dieser ein bestimmtes Princip für den Inhalt des Amtes, für seine Organisation und den Geist seiner Verwaltung liefert, entbehrt man ein solches, wenn man nichts weiter von ihm aussagen kann, als was sich von jedem Polizeidienst sagen läßt, daß es nämlich ein Amt der nichtrichterlichen Executive sey, dem eine Vertretung der Interessen der allgemeinen Ordnung zukomme. In der That wird man sich jetzt erst recht auf den guten Genius verlassen müssen, der

---

20) Gesetze v. 24. Aug. 1790. VIII. 1 flg., v. 1. Dec. 1790. art. 23., Constitut. v. 3. Septbr. 1791. III. 5. art. 2. 25., Gesetze von 13. 20. Oct. 1792.

21) Gesetze v. 27. Ventose Jahr VIII. art. 35., v. 20. April 1810. I. 6, VI. 47.; Hélie im a. W. Bd. 2. S. 191.

nach der Meinung der Franzosen mehr als ein bestimmtes Princip über der Geschichte des Instituts bisher gewaltet hat.

IV.

Es ist wichtig daran zu erinnern, daß Deutschland, soweit es nicht früher schon mit dem französischen Rechte in Verbindung gekommen war, das öffentliche Ministerium durch die neueste Reform des Strafprocesses sich angeignet hat, von welcher ein mit der Anklagepflicht ausgestattetes öffentliches Amt wesentlich verlangt ist. Weil man eines öffentlichen Anklägers bedurfte, nahm man die Staatsanwaltschaft auf, die nicht blos nach dieser, in Deutschland üblichsten, Bezeichnung, sondern auch nach der weit verbreiteten Vorstellung des juristischen und nichtjuristischen Publikums, zu der Führung der Partheirolle des Staats gegen die Uebertreter seiner Strafgesetze wesentlich bestimmt erscheint. Besonders in den großen deutschen Gebieten, in welchen man bei den provisorischen Einrichtungen des Jahres 1848 den Staatsanwalt nur mit der Anklägerfunction ausstattete, ist eine Auffassung allgemein verbreitet, die ihn, wenn nicht in seinem thatsächlichen, so doch in seinem juristischen Wesen viel mehr dem accusateur public des Jahres 1791, als dem ministère public des historischen Rechts annähert. Er erscheint hier als eine bloße Anklagevorrichtung, die ihren eigentlichen Grund, nicht blos ihre nächste Veranlassung in der Einführung des Anklageprocesses hat. Durch eine solche Auffassung geht aber nicht allein der richtige Gesichtspunkt für die Anklägerfunction selbst verloren, sondern sie erstickt auch die Keime einer gesunden Organisation, zerstört für die Beilegung weiterer Functionen jede principielle Grundlage, und läßt

für Beurtheilung der Angemessenheit solcher Erweiterungen nur den verkehrten Maaßstab übrig, ob sie sich auch wohl für ein wesentlich anklagendes und strafverfolgendes Organ schicken und solchen partheiischen Händen gewissenhafter Weise anvertraut werden dürfen.

Diese Wirkungen jener Auffassung wird ein Jeder erfahren haben, der in der jüngsten Zeit an dem Zustandekommen vollständiger Proceßgesetze in öffentlicher Stellung mitzuarbeiten hatte. Kraft der stillschweigenden Voraussetzung, daß der principielle Charakter der Staatsanwalschaft in der Führung der Anklägerrolle in Strafsachen bestehe, wurde von den achtungswerthesten Seiten her jede Erweiterung ihres Berufs auf nicht rein partheiliche Functionen bestritten oder doch bemängelt. Man stellte den Fundamentalsatz der Organisation in Frage, von welchem *alles* Gedeihen des Instituts abhängt, daß nämlich die Staatsanwaltschaft einen besondern Zweig des Justizdienstes und daher mit dem Richteramte zusammen den Amtsorganismus der Rechtspflege bildet [22]), in welchem der Uebergang der Personen von einem Zweige in den andern gerade ebensowenig anstößig ist, als wenn ein Justizminister aus dem hohen Richterstande hervorgeht oder in denselben zurückkehrt: nur den Ankläger im Auge, hielt man sich an den Widerspruch zwischen dem vorzugsweis partheiischen und dem vorzugsweis unpartheiischen Berufe, und bestritt jenen Uebergang als unheilvolle und den Geist des Richteramtes gefährdende Vermischung der heterogensten Standpunkte. Ja Manche kamen schon zu folgender Conclusion: wenn es einerseits praktisch unthunlich

22) Machten doch sogar Gesetze den Fehler, die Mitglieder der Staatsanwaltschaft für Verwaltungsbeamte zu erklären; so das Hannov. Gesetz das mündlich-öffentl. Verfahren betr. v. 24. December 1849.

sey, die staatsanwaltschaftliche Laufbahn von der richterlichen vollständig zu trennen, andererseits aber durch ihre Verbindung der in dem Richterstande auf alle Weise zu pflegende Geist der Unpartheilichkeit und Unabhängigkeit wesentlich bedroht werde, so sey es besser auf die Staatsanwaltschaft zu verzichten, als durch ihre Aufnahme das fundamentalste und heiligste Gut unserer Staatsordnung zu untergraben. Und so wurde, da natürlich Niemand an die Möglichkeit des Systems der Privatanklage denkt, durch die Vereinerleiung des Staatsanwalts und des öffentlichen Anklägers gegen den einleuchtendsten Fortschritt unserer Rechtsbildung eine ehrenwerthe Reaction hervorgerufen, die den Inquisitonsproceß zwar nicht als gut, aber doch als relativ besser im Vergleich zu den aus der Staatsanwaltschaft drohenden Gefahren, vertheidigen zu müssen glaubte.

Läßt man aber auch den Anklageproceß und um seinetwillen den Staatsanwalt als öffentlichen Ankläger unangetastet, so beginnen nun erst die schwersten Bedenken sich zu erheben. Wenn nämlich in der That das Princip der Staatsanwaltschaft nicht tiefer liegt, als in der Nothwendigkeit der Partheienorganisation im Strafproceß, so wird man nimmermehr im Stande seyn, ihn zu etwas Anderem, als zu einem Advocaten der Anklage (natürlich mit redlichen Mitteln) zu machen, der dem Begriffe seiner Stellung umsomehr entspricht, je mehr er den reinen Partheistandpunkt behauptet, und eben dadurch einerseits den Gegner zur reinen und selbständigen Durchführung des seinigen, andererseits aber das Richteramt in den Stand setzt, über diesen in ihrer Einseitigkeit berechtigten Partheirichtungen als unpartheiisches Organ des Gesetzes ausschließlich zu walten. Alles was die Partheirollen alterirt, ist dann gegen das Princip der Staatsanwaltschaft; die erbaulichen Redensarten von

Vertretung des Gesetzes, gleichmäßiger Fürsorge für den Beweis der Schuld wie der Unschuld u. s. w. müssen aufgegeben, und als offenbare Verfälschungen des formell processualischen Gedankens, auf welchem das Institut beruht, verbannt werden. In der Begründung der Anklage, der Theilnahme an der Beweisführung, der Stellung der Urtheilsanträge, der Einlegung von Rechtsmitteln gegen die richterlichen Erkenntnisse muß dann der reine Partheistandpunkt erhalten bleiben, und es kann z. B. nicht zulässig seyn, daß der Staatsanwalt im Interesse des Angeschuldigten Nichtigkeitsbeschwerden erhebe[23]). Nun wird aber aus einer solchen, auf die bloße Nothwendigkeit der Partheienorganisation gebauten, Staatsanwaltschaft unausbleiblich etwas ganz anderes, als was in dem thatsächlich bestehenden Institute zu Tage liegt, und was die öffentliche Ueberzeugung in ihm zu besitzen verlangt, so daß man mit jener Basis allenfalls einen möglichen, keinesfalls aber den wirklichen Grundgedanken des Instituts erfaßt hat. Von ihr aus verliert nicht allein jede positive Thätigkeit für die Beförderung der Vertheidigungszwecke, z. B. Vorladung von Entschuldigungszeugen, Antrag auf Freisprechung, ihren Boden, sondern

---

23) Sehr richtig wird in einem Erkenntniß des Königl. Obertribünals in Berlin vom 9. März 1850 (Kletke die Verordnung v. 3. Jan. 1849. S. 18.) die Zulässigkeit einer solchen Nichtigkeitsbeschwerde daraus hergeleitet, daß der Staatsanwalt nicht blos die Eigenschaft eines öffentlichen Anklägers, sondern auch die eines „Vertreters des Gesetzes" besitzt, und in dieser letztern Eigenschaft den Beruf hat, auf die richtige Anwendung der Gesetze zu wachen und in dieser Beziehung die Rechte aller Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft, auch des Angeklagten, zu schützen. Es ist also eine andere Eigenschaft, die der Durchführung der Anklägerrolle fremd ist, welche ihn zu einem solchen Rechtsmittelgebrauche in den Stand setzt, und der letztere muß daher ausgeschlossen bleiben, wenn der Grund der Staatsanwaltschaft in der Durchführung der Anklageform aufgeht.

auch Alles, was zu den obrigkeitlichen Befugnissen der Staatsanwaltschaft gehört, also ihre Vollzugsgewalt, das Recht Amtshandlungen zur Vorbereitung und Sicherung der öffentlichen Klage vorzunehmen. Denn solche Befugnisse sind nicht allein dem Grunde der Partheienorganisation fremd, sondern verkümmern unausbleiblich ihr erstes Erforderniß, das in der Partheiengleichheit besteht. —

Die Schwierigkeiten heben sich, wenn man, an den im zweiten Abschnitt ausgeführten Gedanken anknüpfend, auch das Anklageamt auf den historischen Boden der Gerichtsherrlichkeit stellt.

Sind nach dem wirklichen Bestande unserer Rechtsordnung in der verwaltenden Justizhoheit des Staats (Gerichtsbarkeit im weitern Sinne) die beiden Zweige der Gerichtsherrlichkeit und der richterlichen Gewalt zu unterscheiden, und gehören zu der ersteren *jedenfalls* die die gesetzmäßige Wirksamkeit des Richteramts bedingenden Justizveranstaltungen; so erweitert sich die gerichtsherrliche Sphäre sofort mit einer zwar neuen, aber dem Begriffe nach dahin gehörigen Angelegenheit, wenn an die Stelle des Inquisitionsprocesses der Anklageproceß mit öffentlicher Anklage tritt. Dadurch ergiebt sich nämlich eine, während der Herrschaft des Inquisitionsprocesses nicht dagewesene Bedingung, für das Wirksamwerden des Richteramtes, welche als solche der Sphäre der Gerichtsherrlichkeit anheimfällt, und durch die Verwaltung des Anklageamtes befriedigt wird. Dieses letztere ist sonach nicht principiell ein Partheiberuf, sondern ein Act der staatsgewaltlichen Justizhoheit, ebensogut wie das richterliche Verfahren und Entscheiden, und beruhend auf dem Grunde derselben öffentlichen Pflicht der Verwaltung der bürgerlichen Gerechtigkeit. Auf der Basis dieser principiellen Einheit aber nimmt es nothwendig eine von dem richterlichen Amte

verschiedene individuelle Berufssphäre und Thätigkeitsform an, weil es als gerichtsherrliche Function keinen in die Feststellung des Thatsächlichen und die rechtliche Entscheidung eingreifenden Charakter haben darf, sondern darauf sich beschränken muß, die in dem gerichtsherrlichen Schutze der Rechtsordnung gelegenen Bedingungen der richterlichen Erledigung der Sache zu erfüllen.

Der individuelle Beruf des öffentlichen Anklägers besteht daher, richtig gefaßt, ebensowenig darin, daß in der processualisch nothwendigen Unterscheidung von Angriff und Vertheidung der erstere durch ihn repräsentirt sey, als in der sogenannten Vertretung des Gesetzes oder der öffentlichen Ordnung, sondern in der Vertretung des *gerichtsherrlichen* Berufs, als dessen Subject in monarchischen Staaten der Landesherr, nicht blos der Quelle sondern auch der Ausübung nach, erscheint. Allerdings folgt aus diesem Berufe, daß er die durch die Uebertretung der Strafgesetze begründete öffentliche Klage, als Voraussetzung der richteramtlichen Thätigkeit, auszuüben, und daß er hierbei nicht der Rechtsordnung fremde individuelle oder Gemeininteressen zu verfolgen, sondern im Interesse der Herrschaft des Gesetzes zu handeln hat. Es folgt aber auch zugleich daraus, daß er in Ausübung dieses Klageamts nicht blos die Rolle des angreifenden Theils führt, sondern auch, nach dem Begriffe der gerichtsherrlichen Gewalt selbst, positiv dafür sorgen muß, daß sie zu keiner unbegründeten Rechtsverkümmerung für den angeklagten Theil ausschlage, welcher letztere ebendeshalb nicht blos auf seine eigne freie Gegenwirkung wider die Klage, sondern auch darauf angewiesen ist, daß die in die Hände des Gerichtsherrn und dessen Vertreters gelegte Rechtsschutzgewalt auch ihm, soweit sie begründet, zu Gute

komme [24]). Daher unterliegt oder siegt der Staatsanwalt auch nicht, je nachdem der Angeklagte freigesprochen oder verurtheilt wird: vielmehr wird durch das Urtheil, daß die Ausübung des richterlichen Strafamts begründet sey, das gerichtsherrliche Interesse an sich gerade eben so sehr befriedigt, als durch den gegentheiligen Ausspruch; beide, der gerichtsherrliche und der richterliche Beamte, dienen demselben Justizzwecke des Staats, nur mit verschiedenen Antheilen, der eine durch Ausübung des Klageamts, der andere durch Feststellung der Thatsachen und Urtheile. Nur Mißbrauch des Rechts auf der einen oder andern Seite vermag diese im objectiven Zusammenhange der Dinge begründete Auffassung zu alteriren, und die Vorstellung von Siegen oder Niederlagen der Staatsanwaltschaft (Regierung) zu verbreiten.

Auf dem Boden des so gefaßten Anklageamts wird es gelingen, den wahren Geist desselben, der noch jetzt weniger aus klarer Erkenntniß als gefühlsmäßig und deshalb unsicher und schwankend gehandhabt wird, zu einem traditionellen Gute zu befestigen. Die guten Rathschläge, die man jetzt dem öffentlichen Ankläger ertheilt, um ein würdiges und dem Rechtsschutz förderliches Verhältniß desselben wie zu den Gerichten so zu den Beschuldigten und zu dem Publikum zu gewinnen, werden dann, wenn seine Aufgaben nicht sowohl aus der processualischen Stellung des Anklägers als aus der Bedeutung des gerichts-

---

24) In keinem Punkte der Geschichte der Staatsanwaltschaft tritt diese letztere Pflicht, als nothwendiges Stück ihres Berufes, klarer hervor als darin, daß der Betreiber der Bestrafung der Verbrechen immer zugleich derjenige ist, der den Unterdrückten und besonders Schutzbedürftigen seinen Beistand zu leihen hat. Vgl. die in der Not. 19. angef. Worte von Bude. — Aus diesem Gesichtspunkte würden wir die Gebote für den öffentlichen Ankläger ableiten, welche Jagemann im Gerichtssaal 1849. Bd. 2. S. 225 flg. aufstellt.

herrlichen Berufes hervorgehen, nicht mehr als bloße dem Amtsbegriffe fremde Zweckmäßigkeitsrücksichten erscheinen, sondern sie wachsen aus dem Amte selbst hervor. Sie erheben sich zu Geboten, durch deren Erfüllung er nicht etwa dem Anklägerberufe aus löblichen Zwecken etwas abbricht, sondern diesen Beruf erst erfüllt. Die centrale Leitung des Anklageamtes aber, welche den centralen Trägern der Gerichtsherrlichkeit (König und Justizminister) zukommt, wird dadurch, das dieses Amt aus den vagen Kategorieen der „Executive" oder der „Regierung" herausgehoben und als reine Justizfunction des Staats begriffen wird, vor den Abwegen wenigstens gewarnt seyn, welche es dann bedrohen, wenn es als eine nach Zweckmäßigkeitsrücksichten auszuübende Regierungsvollmacht vorgestellt wird.

Eine vorzügliche Fruchtbarkeit besitzt die Zurückführung des Anklageamts auf den gerichtsherrlichen Beruf noch dadurch, daß sie auch die Uebertragung anderer eigentlich obrigkeitlicher Geschäfte auf die Staatsanwaltschaft begründet und erklärt, und für dieselbe ein festes Princip liefert. Gäbe es eine Staatsanwaltschaft nur wegen der Nothwendigkeit der Organisation des Anklageamtes, so wäre jede Erweiterung des Geschäftskreises der ersteren über das Gebiet des letzteren ohne innern Grund, im besten Falle nur durch Zweckmäßigkeitsrücksichten zu rechtfertigen, denen man durch entgegengesetzte Nachtheile leicht die Wage halten könnte, und auf allen Fall das ganze Institut ohne einheitlichen Charakter, ein bloßes Aggregat verschiedenartiger Verrichtungen. Sind dagegen die Staatsanwälte, wie wir sie nunmehr definiren können, die Justizbeamten, welche zur Wahrnehmung des gerichtsherrlichen Berufs bei den einzelnen Gerichten aufgestellt sind, so ist ihre Verwaltung des Anklageamtes nur eine einzelne

Consequenz eines weit umfassenderen Princips, das nicht unvollzogen bleiben kann, und dessen Vollziehung sowohl von dem Richteramte verlangt wird, das von disparaten Erweiterungen seines Berufs entbürdet seyn will, als von der gerichtsherrlichen Gewalt, die bei blos *centraler* Verwaltung und beim Mangel *aller* peripherischen Organe ihrer Aufgabe nicht genügen kann, endlich auch von der Staatsanwaltschaft selbst, die entkleidet von den übrigen in ihrem Principe liegenden Verrichtungen und auf den bloßen Anklageberuf beschränkt schwerlich mit der Weihe jenes Princips durchdrungen werden wird.

Die genauere Feststellung der einzelnen staatsanwaltschaftlichen Vollmachten nach Maaßgabe des Princips, müssen wir einem späteren Aufsatze um so mehr aufsparen, als in dem oben dargestellten geschichtlichen Verlaufe die Gränzen der gerichtsherrlichen und der richterlichen Gewalt an einigen Punkten schwankend geworden sind, und namentlich die Frage über die Zugehörigkeit der Vollzugsgewalt zu der einen oder der andern einer eindringenden Untersuchung bedarf.

XV.

Soll die Gesetzgebung bei dem Diebstahle die Strafdrohung von dem Betrage des Gestohlenen abhängig machen; wie ist der Diebstahl von Gegenständen zu beurtheilen, deren Werth unbedeutend oder schwer auszumitteln ist? insbesondere über Diebstahl von Urkunden.

Von
Mittermaier.

Alle neuen Gesetzbücher sind in Bezug auf die Bestra-
ng des Diebstahls auf zwei verschiedene Systeme gebaut:
entweder wird die Strafdrohung von einem bestimm-
Betrage des Gestohlenen abhängig gemacht, oder
die Strafe wird darin ohne alle Rücksicht auf diesen
rag gedroht. Das erste System liegt den meisten deut-
Gesetzgebungen zum Grunde, und zwar indem sie ent-
r A) die Abstufung von Verbrechen und Vergehen, die
idung von Vergehen und Polizeiübertretungen, und
en einzelnen schwerer bestraften Arten des Diebstahls
trafdrohung von dem Betrage abhängig machen [1]), oder

---

1. B. nach der baierischen, würtembergischen, sächsischen,
ischen, braunschweigischen, hannoverschen, badischen und
ringischen Gesetzgebung.

B) gewisse Auszeichnungsgründe des Diebstahls nur dann als einen Grund erhöhter Strafdrohungen annehmen, wenn zu dem Auszeichnungsgrunde auch ein gewisser Betrag des Gestohlenen hinzukommt [2]). — Das zweite System ist das des französischen Gesetzbuchs, welches, nachdem es der Reihe nach die mit schwerer Strafe bedrohten Diebstähle (ohne Erwähnung eines Betrags) aufgeführt hat, am Schlusse [3]) alle in den vorigen Artikeln nicht bezeichneten Diebstähle mit Strafe des Gefängnisses bis 5 Jahre bedroht. Dies System ist auch in dem preußischen Strafgesetzbuche von 1851 [4]) zum Grunde gelegt, so daß vorerst dem Diebstahl überhaupt Gefängniß nicht unter einem Monat gedroht wird und dann einzelne Arten der Diebstähle hervorgehoben werden, welche mit Gefängniß nicht unter 3 Monaten, andere, die mit Zuchthaus bis 10 Jahren bedroht sind (Art. 217. 218). Wir sind überzeugt, daß dies zweite System den Vorzug vor dem ersten verdient, und wünschen durch die Angabe der Gründe wenigstens wissenschaftliche Verhandlungen darüber anzuregen. Zwar verkennen wir nicht das Gewicht der Gründe, welche für das deutsche System angegeben werden [5]). Es ist richtig, daß seit dem Mittelalter in den Gesetzgebungen

2) Dies findet sich vorzüglich in dem neuen österreichischen Strafgesetzbuche vom 27. Mai 1852. §. 174. 176 durchgeführt, z. B. der unter 25 Gulden verübte Diebstahl ist nur Vergehen (nach Art. 160 mit Arreststrafe von 1 Woche bis 6 Monaten bedroht). Der über 25 Fl. betragende Diebstahl ist Verbrechen (von 6 Monaten bis 1 Jahr Kerker bestraft). Diebstähle, welche an Holz, eingefriedigten Waldungen, an Früchten auf dem Felde, an Ackergeräthschaften auf dem Felde oder von Dienstleuten an Dienstgebern verübt werden, sind nur dann ein Verbrechen, wenn der Diebstahl mehr als 5 Gulden beträgt.

3) Code pénal art. 401.

4) Preuß. Gesetzb. §. 216 – 218.

5) Neuerlich noch in dem Erachten über den mecklenburgischen Entwurf II. S. 36.

Europa's die Unterscheidung des Diebstahls nach dem Betrage aufgestellt und darnach die Strafen abgestuft wurden. Wir geben zu, daß ein Gesetzgeber weise handelt wenn er *an eine* in das Volksrechtsbewußtseyn übergegangene *Einrichtung* sich anschließt, um so mehr als überhaupt bei dem Diebstahle als einem Eigenthumsverbrechen der nach Summen ausgedrückte Schaden für den Bestohlenen den Hauptgesichtspunkt bildet, und angenommen werden kann, daß bei Entwendung großer Summen regelmäßig auch eine größere Verschuldung begründet seyn wird, daß auch die Abstufung der gedrohten Strafen nach Summen dadurch sich empfiehlt, daß dies Kennzeichen der Abstufung am unzweideutigsten erkannt wird, und vorzüglich die Erkenntniß der Unterscheidung erleichtert, ob ein Diebstahl eine Uebertretung oder ein Vergehen ist, was wegen der *Competenz*bestimmung wichtig wird. Man kann anführen, daß, wenn man bei den Strafdrohungen den Betrag des Gestohlenen nicht berücksichtigt, zu weit gefaßte die Willkür der Gerichte übertrieben begünstigende Strafdrohungen vorkommen müssen. Man kann noch geltend machen, daß die Entwendung ganz geringer Beträge in der Regel mehr als Folge von Leichtsinn betrachtet werden kann und als solche eine mildere Beurtheilung verlangt. Aller dieser Gründe ungeachtet verdient das französische System den Vorzug. So sehr wir überzeugt sind, daß der Gesetzgeber sich an das Volksrechtsbewußtseyn und an eingewurzelte Nationalansichten sich anschließen soll, so müssen wir doch vorerst aufmerksam darauf machen, daß geschichtlich die alte Ansicht, die Strafe des Diebstahls von einem gewissen Betrage abhängig zu machen, sich theils daraus erklärt, daß in Zeiten, in welchen die Strafgesetzgebung nicht auf feine Abstufungen der Verschuldung Rücksicht nahm, sondern nur an äußere in die Sinne fallende Merkmale sich hielt, das Gewohnheitsrecht und

die Statuten die Aufstellung eines gewissen Betrags des Gestohlenen benutzten, um dadurch auszudrücken, daß der eine bestimmte Summe betragende Diebstahl mit einer gewissen Strafe (häufig der Todesstrafe) bestraft werden sollte; theils lag dieser Scheidung des Diebstahls nach dem Betrage die Absicht zum Grunde, um die in alten Zeiten vorkommenden Streitigkeiten zwischen den Kaisern, Landesherren und Inhabern der Patrimonialgerichtsbarkeit über den Umfang der Gerichtsbarkeit zu beseitigen, so daß z. B. ein nicht über 5 Gulden betragender Diebstahl als Frevel zur niederen Gerichtsbarkeit gehören sollte. Rücksichten dieser Art können bei uns nicht mehr entscheiden, und die Competenzbestimmung kann ohne das Merkmal der Abstufung des Diebstahls nach Summen durchgeführt werden. Nach den Forderungen der Gerechtigkeit kann es nur darauf ankommen, daß die Strafe des Diebstahls der Größe der Verschuldung des einzelnen Falles entsprechend erkannt werde. Sobald man aber die Strafdrohung nach der Summe des Diebstahls macht, setzt man sich der Gefahr aus, ungerechte Entscheidungen zu veranlassen, indem nur der Zufall entscheidet. Wenn z. B. der 25 Fl. und darüber betragende Diebstahl in Baiern als Verbrechen erklärt ist, macht der Gesetzgeber die Strafe von dem Zufall abhängig; ist in der gestohlnen Geldrolle ein Groschen mehr, so muß eine ganz andere Strafe erkannt werden, als wenn ein Groschen weniger gestohlen wäre; dies wird um so verletzender, als in den Gesetzen die Verbrechensstrafe gewöhnlich als entehrend erklärt ist. Zufall aber ist es in vielen Fällen, wieviel Jemand stiehlt; ihn täuscht die Aufschrift des Geldpakets, das er stehlen will: er will nur 24 Fl. stehlen, aber der Zufall bewirkt, daß in der Rolle ein höheres Geldstück sich befindet. Werden andere Gegenstände, als Geld gestohlen, so wird dies noch störender, da über die Schätzung

so große Verschiedenheit besteht, und der Dieb häufig die Dinge weit geringer schätzt, als sich in der Folge bei Schätzung der Sachverständigen zeigt, z. B. wenn der Dieb den Werth des feinen Kunstwerks nicht beurtheilen konnte. Mit Unrecht würde man die Größe des Gestohlenen als sichern Maaßstab der Strafwürdigkeit, und die Wegnahme von Gegenständen geringen Werths, z. B. unter 5 Gulden als Ausdruck geringerer Verschuldung annehmen; denn der zum Diebstahl Entschlossene nimmt in der Regel was er bekommt; trifft er an dem Orte viel, so nimmt er es; und findet er zufällig, nachdem er vielleicht in dem Schranke einen Sack von 500 Fl. stehlen wollte, nur ein altes Messer oder ein Sacktuch, und nimmt er dies weg: mit Unrecht würde man ihn deswegen für einen mehr Schonung verdienenden Dieb halten [6]). Darin liegt nach der Erfahrung der Länder, in welchen der Diebstahl unter 5 Fl. als Polizeiübertretung erklärt ist, ein Hauptgrund, aus welchem mancher Dieb mit einer viel zu geringen, bloßen Polizeistrafe entlassen, und dann desto eher wieder zur Begehung neuer Verbrechen verleitet wird. Nach der Natur der summarischen Untersuchungen wird die Sache leicht genommen; man hält sich an das äußere Merkmal, daß der Angeschuldigte nur 3 Fl. gestohlen hat; die Erörterung, ob er nicht vielleicht eine weit größere Summe stehlen wollte, also eigentlich des Versuchs eines großen Diebstahls schuldig ist, würde zu weit führen, und wird daher oft eben so vernachlässigt als die Untersuchung, ob nicht der Dieb eigentlich einen gefährlichen Diebstahl verüben wollte, z. B. mit Waffen sich versah [7]). Ein großer Nachtheil ergiebt sich

6) Feuerbach selbst hatte in seinem nach dem Tode vorgefundenen Entwurf Tit. VII. Art. 8 die Ansicht, daß der Diebstahl unter 5 Gulden Polizeiübertretung sey, aufgegeben.

7) Erfahrungen über den Nachtheil, Diebstähle wegen des kleinen Betrags an die Polizei zu weisen, s. in meiner Schrift:

bei einer Gesetzgebung, welche die Diebstahlsstrafen nach dem Betrage abstuft, auch dadurch, daß die Untersuchungen sehr verlängert werden. Vergleicht man eine französische Voruntersuchung wegen des Diebstahls mit einer deutschen Verhandlung, so richtet sich die erste nur auf die Herstellung des Thatbestandes, daß der Diebstahl verübt wurde und in sofern die Anzeigen darauf führen, ob er mit dem Merkmale begangen war, welche den Diebstahl zu einer höhern Art machen, und man sammelt die nöthigen Beweise, wer die That verübte; dagegen macht der französische Untersuchungsrichter die Ausmittelung des Werths der Sache nicht zu einem Hauptgegenstand der Untersuchung, wenn nicht die Erörterung der übrigen Punkte leicht darauf führt, wo aber dann keine Zeit verloren geht [8]). Welche Verzögerungen dagegen werden in den deutschen Untersuchungen durch die Ausmittelung des Betrags veranlaßt! Der Beschädigte schlägt häufig seinen Verlust hoch an, der Angeklagte oder sein Vertheidiger protestirt dagegen; Sachverständige werden vernommen; man weiß, wie schwankend die Schätzungen sind, und die Schwierigkeit um so mehr steigt, als häufig die gestohlene Sache nicht herbeigeschafft, also ihre Beschaffenheit nur mit Mühe ausgemittelt werden kann, so daß nicht selten mehrfache Schätzungen nothwendig werden. In Ländern, in welchen die Strafe von dem Betrage

die Strafgesetzgebung rc. I. S. 340. Arnold im Archive des Crim. Rechts 1843. S. 258.

8) In der französischen Criminalstatistik von 1849 kommt zwar p. 92 auch eine Tabelle über den beiläufigen Betrag des Gestohlenen bei Diebstählen, die als crimes vor die Assisen kamen, vor; das Verhältniß von Diebstählen vom Werth unter 10 Francs betrug 25 auf 100, bei Diebstählen von 10—50 Francs war das Verhältniß 19, bei Diebstählen von 1000 und mehr Francs 37 zu 1000, bei Diebstählen von 50—100 und von 100 zu 1000 war das Verhältniß 18. Das Verhältniß der Diebstähle mit unbestimmtem Betrag war 25.

abhängig gemacht wird, entstehen auch Verlegenheiten wegen der Fragestellung an die Geschwornen [9]), z. B. wie weit der Betrag nothwendig in der Frage aufgenommen werden soll? was wieder die Berathung der Geschwornen verwirren kann. Neue Schwierigkeiten ergeben sich, wenn es auf die Frage über den Einfluß des Irrthums des Diebes in Ansehung des Werthes ankommt, z. B. wenn der Dieb die Sache für werthvoller hielt als sie war, oder wenn er sie für geringfügig hielt, da er ihren Werth nicht kannte [10]) oder nicht kennen konnte. Will man gerecht seyn, so muß man genau die Absicht des Diebes und ihren Umfang herstellen [11]). Sobald man einmal von dem Betrage die Strafdrohung und die Ausmessung der Strafe abhängig macht, kommt man leicht zu großen Härten, wenn man sich nur an den objectiv vorhandenen Betrag des Gestohlenen halten will [12]).

Nicht weniger treten Schwierigkeiten ein, wenn der Dieb einen Gegenstand durch Trennung von einer andern Sache, z. B. ein Stück Marmor, das von einer Bildsäule abgeschlagen wurde [13]), oder durch Wegnahme einer einzelnen Sache aus einem Ganzen, das durch die

---

9) Streitigkeiten darüber s. in den Sitzungsberichten der baierischen Schwurgerichte II. S. 10.

10) Der Dieb hielt die gestohlenen silbernen Teller für zinnerne.

11) Ueber die verschiedenen Ansichten der Beurtheilung des Irrthums s. Zachariä vom Versuche I. S. 277. Weiß Comment. zum sächs. Gesetzb. III. S. 419. Hufnagel Comment. zum würtemberg. GB. II. S. 312. Desselben Präjudicien S. 394. Leonhardt Comment. zum hannov. Criminalgesetzb. II. S. 312.

12) Nach hannov. Strafgesetzb. §. 298 soll bei der Strafausmessung berücksichtigt werden, in wiefern bei dem Thäter ein mehr oder minder bestimmter Vorsatz zur Begehung eines so beträchtlichen Diebstahls anzunehmen sey.

13) Schauberg Monatschronik für Zürcher Rechtspflege XII. S. 456.

Wegnahme an ihrem Werthe leidet [14]), oder wenn der Dieb zum Zwecke der Verübung des Diebstahls eine Beschädigung an andern Sachen verübt [15]), wo bekanntlich auch die neueren Gesetzgebungen sehr verschiedener Ansicht sind [16]). Alle diese Erörterungen, welche die Verhandlung verzögern und die Beurtheilung erschweren, fallen bei einer Gesetzgebung weg, welche die Strafdrohungen nicht von dem Betrage des Gestohlenen abhängig macht. Nicht weniger zeigt sich der Vortheil einer solchen Gesetzgebung da, wo Gegenstände gestohlen werden, die eigentlich zu keinem bestimmten Werthe angeschlagen sind, z. B. bei dem Diebstahle eines Schlüssels [17]) oder bei der Wegnahme von alten Akten. Es ist wenig damit gewonnen, wenn das Gesetz [18]) bestimmt, daß da, wo der Betrag des Werths mit Bestimmtheit nicht auszumitteln ist, das Gericht bei Zumessung der Strafe auf den *ungefähren* Betrag desselben Rücksicht nehmen soll; denn sobald das Gesetz die Strafdrohung von gewissen Summen abhängig macht, muß das Gericht entscheiden, ob es den Fall unter die Kategorie der wegen ihres Betrages mit schwererer Strafe bedrohten Diebstähle stellt. Das Gericht

14) Z. B. Jemand stiehlt eine Scheere aus einem Toilettekästchen.

15) Z. B. Jemand zerschlägt ein Kästchen, um eine Sache daraus nehmen zu können.

16) Das badische Strafgesetzbuch §. 380 bestimmt, daß der Betrag der Vermögensbeschädigung bei der Bestimmung des Betrags des Diebstahls mit in Rechnung gebracht werde. Das hessische Gesetzbuch §. 360 betrachtet den Umstand der Beschädigung bei der Bemessung der Strafe als Erschwerungsgrund.

17) Hufnagel Commentar zum würtemberg. Gesetzbuch II. S. 302. Präjudicien S. 393.

18) Bopp Handb. des Criminalgesetzbuchs des Großherzogthums Hessen S. 163.

19) Z. B. das hessische Strafgesetzb. §. 360.

muß sich dann (ziemlich willkürlich) einen bestimmten Betrag als Anhaltspunkt suchen [20]), während nach der französischen und preußischen Gesetzgebung alle diese Verhandlungen unnöthig werden und das Gericht mehr die Strafe nach dem Totaleindrucke ausmißt, der sich in Bezug auf die Verschuldung des Diebes ergiebt. Es mag unseren Lesern nicht uninteressant seyn, auf einige neue französische Entscheidungen über Straffälle aufmerksam zu machen, bei welchen die Frage: welchen Werth die gestohlene Sache hat, Gegenstand der Entscheidung war. Wir müssen vorerst bemerken, daß in Frankreich die Rechtsübung anerkennt, daß die Sache, welche Gegenstand eines Diebstahls seyn soll, irgend einen materiellen Werth haben muß [21]); daraus erklärt sich, daß in Frankreich so häufig die Staatsanwälte bei Anzeigen eines angeblichen *Diebstahls* den Fall nicht verfolgen, und zwar parceque le fait était sans gravité et interesse pas essentiellement l'ordre public; man weiß, daß die Staatsbehörde dabei vorzüglich darauf sieht, ob der Gegenstand des Diebstahls entweder gar keinen Werth oder nur einen sehr unbedeutenden hatte. Im Jahr 1849 wurden von den Staatsanwälten 928818 zur Kenntniß gekommene Fälle unverfolgt gelassen, und darunter waren 18480 Diebstähle,

---

20) Nach dem neuen österreich. Strafgesetzbuche §. 173 soll der Werth nicht nach dem Vortheile des Diebes, sondern nach dem Schaden des Bestohlenen berechnet werden. Dies kann z. B. bei Diebstahl von alten Akten, oder anderen Handschriften, bedenklich werden, welche der Dieb als Makulaturpapier für ein paar Kreuzer dem Käsehändler verkauft, während für den Bestohlenen der Besitz dieser Papiere einen hohen Werth hatte.

21) Unsere Leser erinnern sich, daß in England (fourth Report of the commissioners of criminal law 1839. p. LXV. art. 18) zum Diebstahl verlangt wird, daß die gestohlene Sache einen Werth habe; die Praxis sieht darauf, ob sie einen Werth wenigstens im Betrage der kleinsten Münze hat, welche im Lande gilt.

die als délits angezeigt wurden; in 2670 ließ sie der Staatsanwalt unverfolgt, weil er erkannte, daß die Handlung weder ein Verbrechen noch ein Vergehen begründe; in 11368 Fällen, weil nicht Indicien genug vorhanden waren, um eine bestimmte Person als Thäter zu bezeichnen, und in 1733 Fällen, weil der Fall zu unbedeutend war [22]).

Der Cassationshof sprach die oben aufgestellte Ansicht in einem merkwürdigen Arrêt vom 13. Avril 1849 [23]) aus: eine Person stahl auf dem Postamte einen Brief, der einen Bericht enthielt gegen den Vater des Thäters; dieser hatte nicht gewollt, daß der Bericht an die Behörde gelange, er wurde wegen vol verurtheilt; der Cassationshof cassirte, weil nach dem Code der art. 187, welcher die Unterdrückung eines Briefes mit Strafe bedroht, nur auf Postämter sich bezieht, vol aber nicht *angenommen* werden könne, weil der art. 401 nur Anwendung finde, wenn der entzogene Gegenstand est susceptible d'une valeur matérielle, d'une valeur venable, qu'on ne trouve pas dans un rapport. —

In einem Falle hatte [24]) Jemand den Koth, der auf öffentlichen Straßen liegen bleibt, weggenommen. Nach der Einrichtung war der Straßenkoth in jener Stadt einer Gesellschaft zugewiesen, die gegen eine gewisse Summe das Recht hatte, den Koth aufzuraffen und wegzunehmen. Der Thäter wurde wegen eines Diebstahls au préjudice des adjudicataire de l'enlevement des boues verfolgt und verurtheilt; allein das Urtheil wurde vernichtet [25]), weil kein Diebstahl vorliege, der Straßenkoth

22) Compte général de l'administration de la justice criminelle. 1849. p. 239.

23) Journal du droit criminel par Morin. 1849. p. 247.

24) Journal du droit criminel. 1850. p. 205.

25) Durch Arrêt vom 12. Avril 1850.

als chose abandonnée, et qu'il n'appartient à personne anzusehen sey, indem selbst wenn Jemand das Recht den Straßenkoth wegzunehmen erworben hat, dies nicht so zu verstehen ist, daß der adjudicataire dadurch das Eigenthum des Koths im Augenblicke, wo die Unreinlichkeiten auf die Straße geworfen werden oder der Koth daliegt, sondern daß er nur ein ausschließendes Recht erwarb, den Koth in der Stadt wegzunehmen. — Am schwierigsten wird die Werthsbestimmung der gestohlenen Sache bei der diebischen Wegnahme von Urkunden.

Eine Vergleichung der Rechtsprechung in Deutschland über solche Fälle mit der französischen Ansicht lehrt, daß in der französischen Rechtsübung die Sache wenig Schwierigkeiten hat, weil man in Frankreich für die Strafbestimmung der Rücksicht auf die Werthsberechnung nicht bedarf. Aus dem oben mitgetheilten Rechtspruche über Wegnahme eines Briefes bemerkt man, daß da, wo der Brief keinen materiellen Werth hat, kein vol angenommen wird; der Bericht, den ein Gensd'arm über eine Person erstattet, ist, wie der Cassationshof annimmt, nicht susceptible d'une valeur venale. Dagegen zweifelt man in Frankreich und Belgien nicht [26]), daß es Diebstahl ist, sobald nur die weggenommene Urkunde irgend eine Verpflichtung, eine Disposition, eine Entlassung von einer Pflicht enthält; man kümmert sich dabei nicht um die Berechnung des Betrags des Diebstahls, und findet einen Rechtfertigungsgrund der Bestrafung als vol darin, daß der Artikel 400 des Code die Strafe (und zwar sehr schwere) bei demjenigen annimmt, welcher gewaltthätig die Unterzeichnung oder die

---

26) Nypels in seiner Ausgabe von Hélie théorie du Code pénal II. p. 353.

remise d'un titre, d'un écrit, acte, d'une pièce quelconque contenant ou operant obligation, disposition, ou decharge von einem Andern erpreßt; man erkennt aber an, daß die Wegnahme einer unkörperlichen Sache nicht Diebstahl begründet, daß daher die heimliche Entziehung einer Privaturkunde, durch welche Jemand erkennt, daß er dem Andern eine Summe Geldes schuldig, nicht als Diebstahl die Forderung zu betrachten und zu bestrafen sey [27]), während die französische Jurisprudenz annimmt, daß der, welcher einen titre dem Andern wegnimmt, um ihn sich anzueignen, Dieb sey [28]), ohne daß es dabei auf die Erforschung des Betrags des Diebstahls ankommt.

Weit schwieriger wird die Beurtheilung bei einer Gesetzgebung, welche die Strafdrohung von bestimmten Beträgen abhängig macht. Vergleicht man die verschiedenen Gesetzgebungen und den Gang der *Rechtsprechung* so wie die Ansichten der Schriftsteller, so läßt sich nur nachweisen [29]), daß nach der allgemeinen Meinung da, wo eine Urkunde, die au porteur lautet, z. B. ein Staatspapier, ein Zinscoupon, ein Wechsel auf jeden Inhaber, Gegenstand der Wegnahme ist, Diebstahl angenommen, und der Betrag, worauf die Urkunde lautet, auch bei der Strafe zum Grunde gelegt wird [30]), weil eine solche Urkunde den Werth der Summe hat, die darin

---

27) Merlin questions de droit, voce: vol, §. 4. Hélie Théorie du Code péual VI. p. 549.

28) Arrêt vom 5. Mai 1849 im Journal du droit criminel. 1849. p. 249.

29) Weiß, Criminalgesetzbuch für Sachsen Th. III. S. 47.

30) Oft kann es im einzelnen Falle sehr schwer werden, ob bei rechtswidriger Aneignung einer Urkunde, um darauf Geld zu erheben, die ganze Summe, worauf die Urkunde lautet, in Anschlag gebracht werden darf. Merkwürdiger Fall dieser Art in den Sitzungsberichten der baierischen Schwurgerichte IV. S. 95—104.

ausgedrückt ist, und wenn sie auch nicht als Geld rechtlich zu betrachten ist, doch jeden Besitzer, also auch den Dieb, in den Stand setzt, die Summe zu erhalten [31]). Ob diese Einziehung des Betrags unter Umständen für den Besitzer besondere Schwierigkeiten hat, z. B. wenn fremde in dem Lande im Curs nicht oder wenig befindliche Papiere gestohlen werden, ist rechtlich gleichgültig, da auch bei anderen Gegenständen, die z. B. wenig im allgemeinen Verkehre sind, darauf nichts ankommt, ob der Dieb sie leicht zu Geld machen kann, sondern es nur darauf ankommt, ob die gestohlene Sache einen Werth hat und dieser in bestimmter Summe ausgedrückt werden kann. Bei der Werthsberechnung können Zufälligkeiten, die den Werth erhöhen oder vermindern, z. B. ein höherer oder ein vom Nominalwerthe abweichender niedriger Curs, zur Zeit des Diebstahls nicht in Betrachtung kommen. Bei Urkunden, die zwar nicht unmittelbar auf jeden Inhaber gestellt sind, z. B. Sparkassebüchern, kommt es darauf an, wie nach der Art der Urkunde die Verwirklichung derselben und Umsetzung in baares Geld geschehen kann. In einem Falle, wo ein solches Buch entwendet wurde, nahm das Gericht in Sachsen [32]) Diebstahl und zwar die Summe an, auf welche das Buch lautete, obwohl das Buch auf den Namen des Einlegers gestellt war; da jedoch nach der Sparkassenordnung die Auszahlungen unverweigerlich an den Ueberbringer des Quittungsbuches erfolgen sollen, so nahm das Gericht wohl

---

31) In Preußen entstand Streit, ob die Ansicht, nach welcher bei Staatspapieren von Geld der volle Betrag zum Grunde zu legen ist, auch auf Papiere, welchen der Staat den Charakter des Geldes nicht beigelegt hat, auf Inhaber angewendet werden darf. Mannkopf Jahrbücher für Preuß. Criminalrechtspflege I. Heft 2. S. 397 Not. Die Bejahung scheint uns nicht zweifelhaft.

32) Urtheil des Appellationsgerichts in Dresden, in dem Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle in Sachsen, 1844. S. 103.

mit Recht an, daß der Dieb, indem er in den Besitz des Buchs gelangt, die Möglichkeit verlangte, sicher mit Hülfe des Buchs sich die nach dem Inhalte desselben eingelegte Summe zu verschaffen, ohne daß es dazu eines weiteren betrüglichen Vorgebens bedurfte. Wo Urkunden, die auf einen bestimmten Berechtigten lauten, z. B. Schuldscheine, Gegenstand der Wegnahme sind, häufen sich die Schwierigkeiten. Schon aus der Vergleichung der römischen Stellen [33]) ergiebt sich, daß die Juristen verschiedene Ansichten hatten, und Manche die Wegnahme der Schuldurkunde z. B. durch den Schuldner aus dem Besitze des Gläubigers so betrachten wollten, als wenn ein furtum des ganzen Betrags verübt wäre, wogegen nach Andern nur der Werth der Urkunde als solcher berücksichtigt werden sollte [34]); allein es ist mit Recht bemerkt worden, daß die römischen Ansichten, denen *überhaupt* eine andere Auffassung von furtum in einem sehr weiten Sinne (wo selbst das betrügliche Durchstreichen der Schuldurkunde als furtum bezeichnet wird) abweichend von dem Begriffe des deutschen Diebstahls zum Grunde liegt, und wo es auf die Berechnung des Privatinteresse und der Privatstrafe ankam, nicht auf die heutige Rechtsanwendung, bei welcher der Diebstahl als ein öffentlich zu bestrafendes Verbrechen erscheint, ausgedehnt werden kann.

In der deutschen Rechtsprechung ist am meisten anerkannt, daß bei der Entwendung einer Urkunde, z. B. eines Wechsels, die Geldsumme, worüber die Urkunde ausgestellt ist, nicht bei der Feststellung des Betrags, nach welchem die Strafe bemessen werden soll, zum Grunde gelegt werden darf [35]). Im Königreich Sachsen [36]) erkannte man,

---

33) L. 27. §. 2. 3. L. 32 pr. §. 1. D. de furtis.
34) v. Wächter in Weiske's Rechtslexikon III. S. 361.
35) Von Preußen s. Mannkopf Jahrbücher für die Criminalrechtspflege in Preußen Bd. I. 2. Hft. S. 395.
36) Weiß das sächs. Criminalgesetzbuch III. S. 47.

ß die Entwendung einer Privaturkunde, z. B. eines Schuld-
heins, nicht der Entwendung der in der Urkunde bezeich-
eten Summe gleichstehe, da der Dieb durch den Besitz
er Urkunde nur ein Mittel sich aneignet, die Forderung
t erheben, aber werthlos dazu ist, weil erst durch die
gitimation des Besitzers dieser hoffen kann, von dem
chuldner die Zahlung zu erhalten; daher wurde die Ent-
endung der Urkunde an sich nur als Versuch eines Dieb-
ahls, und nach den Regeln der Concurrenz als Versuch
es Diebstahls und als Betrug betrachtet, wenn der Dieb
urch falsche Cession den Betrag von einem Dritten er-
iben hat. — Ein anderer ausgezeichneter sächsischer
urist, Herr Held [37]), nimmt bei der Wegnahme ande-
r Urkunden, die nicht auf jeden Inhaber lauten, nur
in Mittel zur Verübung eines Betruges an, der durch
Vorspiegelung eines rechtmäßigen Besitzes ausgeführt wer-
n soll. In einem Falle wurde von dem Justizcollegium
ı Coburg durch Urtheil von 1. Mai 1832 [38]) gegen eine
'erson, welche die einem Sparvereine gehörigen Rech-
ungsbücher und Schuldscheine mit der Kasse wegnahm,
iebstahl dieser Gegenstände, bei der Werthsberechnung
er nicht der Kapitalbetrag der Schuldscheine, sondern
r Werth des Papiers der Schuldscheine als Makulatur
nd der Buchbinderwerth der Rechnungsbücher und Sta-
iten zum Grunde gelegt. Im Großherzogthum Baden
urde in dem Falle einer vom Schuldner an seinem Gläubi-
r verübten heimlichen Hinwegnahme der Schuldurkunde
m dem Oberhofgerichte Diebstahl angenommen, und
ser nach dem Betrage des Schuldscheins berechnet [39]),

---

37) Held sächs. Criminalgesetzbuch S. 304.

38) Wochenblatt für Strafrechtspflege in Thüringen. 1832. Nr. 9. S. 234.

39) Jahrbücher des badischen Oberhofgerichts, herausgeg. von Treffurt. Neue Folge, IV. Jahrg. 1837. S. 153.

jedoch von dem Referenten Hrn. Esser anerkannt, daß dies hier, wo der Schuldner selbst durch die Wegnahme den beabsichtigten Gewinn durch den Besitz der Urkunde selbst erreicht, nicht zu bezweifeln sey, während er zugiebt, daß diese Ansicht nicht passe, wenn ein Anderer als der Schuldner die Urkunde wegnimmt, weil der Thäter ohne die Rechtsübertragung keinen Gebrauch von der Urkunde machen kann. Auch macht Hr. Esser darauf aufmerksam, daß selbst im ersten Falle darauf Rücksicht genommen werden müsse, ob der Gläubiger durch andere Beweismittel außer dem Schuldschein seine Forderung geltend machen könne. Hr. Treffurt [40]) bemerkt dazu, daß die Anwendung des Begriffs des Diebstahls auf den vorliegenden Fall nicht bezweifelt werden könne, weil auf jeden Fall die Urkunde nicht als werthloser Gegenstand erscheine, während er gesteht, daß die Werthsbestimmung zwar ihre Schwierigkeiten hat, aber die Größe doch annäherungsweise bestimmt werden könne, und da, wo es an anderen Beweismitteln für den Gläubiger fehlt, der Werth der Urkunde dem des Rechts gleichsteht. Aus einem Aufsatze in Schaubergs Zeitschrift [41]) bemerkt man, daß auch bei dem Obergerichte in Zürch eine Verschiedenheit der Ansichten obwaltet, und Diebstahl bald nach dem vollen Werth der Forderung, bald nach dem Papierwerthe der Urkunde angenommen wurde.

Am richtigsten stellt man die Frage so: ob bei Wegnahme einer Urkunde, die nicht auf jeden Inhaber lautet, Diebstahl angenommen, und wie bei einer Gesetzgebung, welche die Strafdrohungen von einem gewissen Betrage des Gestohlenen abhängig macht, der Betrag des Diebstahls beurtheilt werden darf?

---

40) Jahrbücher S. 157.

41) Beiträge zur Kunde der Fortbildung des Zürcherischen Rechts XII. S. 453.

In Bezug auf den ersten Theil der Frage muß be-
uptet werden, daß überall, wo nicht nach den Umstän-
n des Falles die Urkunde als völlig werthlose erscheint,
er nach den Umständen die zum Diebstahl nöthige Ab-
t mangelt, der Diebstahl angenommen werden muß,
nn Urkunden, die auf Inhaber oder auf einen bestimmten
rechtigten lauten, weggenommen werden, indem zum
egriff des Diebstahls es nicht gehört, daß die wegge-
mmene Sache einen höheren Werth hat, und nicht geläug-
t werden kann, daß der Besitzer der Urkunde irgend einen
chtheil durch den Verlust leidet, und der Wegnehmende
ch einen Gewinn machen kann, wobei es nicht darauf
kommt, ob der Thäter den Gewinn wirklich bezog oder
tlich nicht beziehen konnte. Ausgeschlossen würde der
egriff des Diebstahls nur seyn, wenn entweder die weg-
nommene Urkunde als werthlose erscheint, was z. B.
Fall seyn kann, wenn eine Urkunde weggenommen
rd, wo die Forderung, auf die sie sich bezog, schon be-
hlt war, oder wo ein schon getilgter oder mit Protest zu-
kgekommener Wechsel genommen wird, und zwar so,
ß nach den Umständen nicht einmal wegen der Regreß-
sprüche der Wechsel einen Werth haben konnte. Der
griff des Diebstahls ist ferner unanwendbar, wenn der
egnehmende die Urkunde nicht um einen rechtswidrigen
winn damit zu machen sich aneignet, entweder weil
einen andern Gegenstand wegnimmt, in welchem die
kunden sich befanden und wo der Wegnehmende, der
Urkunden entdeckt, dieselben sich nicht aneignet[42]);

42) Nach Eröffnung der gestohlenen Kasse oder des Taschen-
buchs läßt der Dieb die Papiere, die er darin fand, am
Platze oder im Hause des Bestohlenen liegen; es kann je-
doch nicht der Begriff des Diebstahls ausgeschlossen werden,
wenn der Dieb, der das gestohlene Taschenbuch mitnahm, in
seinem Hause oder auf der Straße die darin bemerkten Pa-
piere wegwarf.

oder wenn der Wegnehmende auf die Urkunde ein Recht hatte (oder zu haben glaubte), z. B. weil die Schuld heimbezahlt ist und der Gläubiger die Urkunde vorenthält, oder wenn die Absicht des Wegnehmenden nur darauf ging die Urkunde nicht um sie zu gebrauchen, sondern nur um sie wegen der darin befindlichen Schrift z. B. eines bedeutenden Mannes aufzubewahren [43]). Zuweilen kann die Wegnahme der Urkunde als ein anderes Verbrechen z. B. das der Fälschung erscheinen, wenn der nächste Zweck die Verübung eines andern Verbrechens und die Wegnahme dazu das Mittel war [44]). Was den zweiten Theil der Frage betrifft, ob der Betrag des Diebstahls nach der Größe der Forderung berechnet werden darf, worauf die Urkunde lautet, so lehrt die obige Darstellung der Rechtsprüche und der verschiedenen wissenschaftlichen Meinungen, daß mit Unterscheidungen die Frage beantwortet werden kann. Vorerst muß nur bemerkt werden, daß der Ausweg, die Entwendung der Urkunde als Versuch des Diebstahls, nicht gebilligt werden kann; denn der Diebstahl als solcher ist doch durch die Aneignung der Urkunde vollendet; es kann also kein Versuch vorliegen; der Versuch setzte voraus, daß der Dieb bei der Wegnahme die Absicht hatte, durch falsche Veranstaltungen, z. B. Verfertigung falscher Cession, die Forderung einzugehen. Auch die Auffassung der Handlung als Betrug paßte nur, wenn der Zweck der Wegnahme der Urkunde nur auf die Verübung des Betrugs gerichtet war, was selten der Fall seyn wird.

Wir glauben vorerst unterscheiden zu müssen, ob der Schuldner seinem Gläubiger die Schuldurkunde weg-

---

43) Man muß jedoch zugestehen, daß da, wo die Urkunde irgend einen Werth hatte, Diebstahl da ist, und zwar reiner Urkundendiebstahl. Heffter Lehrbuch §. 489. Not. 4.

44) Z. B. wenn die Urkunde vorsätzlich vernichtet oder bei Seite geschafft werden soll. Darauf beziehen sich die §. 106. 243 des preuß. Strafgesetzbuchs.

nimmt, um dadurch von der Schuld frei zu werden, oder ob ein Dritter einen Schuldschein oder ähnliche Urkunde stiehlt. Im ersten Falle rechtfertigt sich die Ausmessung der Strafe nach dem Betrage der Forderung, auf welche der Schuldschein lautet, ebenso daß der Dieb dadurch die Summe, welche er schuldet, gewann, als dadurch, daß für den Gläubiger diese Forderung verloren ist; allein das letzte ist nur der Fall, wo dem Gläubiger die Beweismittel fehlen, seine Forderung auch ohne Schuldschein darzuthun; denn hat er solche Beweise, z. B. andere Urkunden, oder war die gestohlene Schuldurkunde eine öffentliche, deren Urschrift in den Pfandprotokollen sich findet, so daß daraus leicht das Daseyn der Schuldscheine erwiesen werden kann, so gewinnt der Dieb nichts, und der Gläubiger verliert seine Forderung nicht, weil sie auf andere Art zu erweisen ist; Niemand wird dann behaupten, daß an die Urkunde ausschließlich die Forderung gebunden ist. Fehlt es an solchen Beweisen, so wird in der Regel der Gläubiger, wenn er den Schuldschein verliert, die Forderung verlieren; namentlich wird dies bei gestohlenen Wechseln eintreten: allein auch in solchen Fällen ist es doch möglich, durch Zeugen oder durch einen Zeugen und den Erfüllungseid die Forderung darzuthun, so daß man weder annehmen kann, daß der Gläubiger, dem der Schuldschein von seinem Schuldner gestohlen wird, die Forderung verloren, noch daß der Schuldner sie gewonnen habe. Man sieht daher leicht, wie selbst in diesen Fällen große Zweifel übrig bleiben, ob man gerechterweise die Strafe des Diebstahls nach dem Betrage der Forderung bestimmen, und den Fall des Diebstahls der Schuldurkunde von 1000 Fl. dem Diebstahle von 1000 Fl. baar Geld gleichstellen kann. Ist ein Dritter (nicht der Aussteller des Schuldscheins) der Dieb der Urkunde, so kann es nach den obigen Mittheilungen als allgemein anerkannte An-

sicht betrachtet werden, daß die Strafe nicht nach dem Betrage der Forderung, worauf die Urkunde lautet, bemessen werden darf. Sieht man bei der Berechnung des Betrags auf den Schaden für den Bestohlenen, so hat zwar scheinbar dieser 1000 Fl. verloren, wenn der *auf* diese Summe lautende Schuldschein ihm entzogen wird; allein es kommt dann auf alle oben bemerkte Unterscheidungen an, ob der Bestohlene noch durch andere Beweismittel die Forderung beweisen kann, und so lange dieser Beweis möglich ist, läßt sich kein Schaden annehmen [45]). Bezieht man die Berechnung des Betrags *auf* den Gewinn, den der Dieb macht, so ist es gewiß, daß er rechtlich keinen Gewinn von dem Besitze einer auf seinen Namen nicht lautenden Schuldurkunde hat, weil er nur durch Nachweisung der Rechtsübertragung die fremde Forderung geltend machen kann; aber *auch thatsächlich* hat der Dieb keinen Vortheil, er gewinnt durch Besitz des Schuldscheins keine 1000 Fl., sondern für ihn ist der Schein ein werthloses Papier, das nur einen Gewinn möglicherweise geben kann, wenn der Thäter ein neues Verbrechen verübt, also entweder durch falsche Vorspiegelungen die Urkunde zu veräußern sucht, oder eine falsche Cession macht, oder zur Legitimation einen falschen Eid leistet [46]).

Alle bisherigen Nachweisungen mögen zeigen, daß eine Gesetzgebung, welche die Strafdrohungen bei dem

45) Es müßten dann folgerichtig alle civilprozessualischen Fragen, ob z. B. in dem Lande der Zeugenbeweis zulässig ist, ob Anfang des schriftlichen Beweises möglich wird, ob von dem Eide Gebrauch gemacht werden kann, hereingezogen werden.

46) Auch bei einem gestohlenen Wechsel läßt sich die Forderung auf dem Wege des ordentlichen Prozesses in vielen Fällen geltend machen.

Diebstahle von dem Betrage abhängig macht, in Verlegenheiten kommt, oft weitläufige Verhandlungen aufstellen und zu Auswegen kommen muß, welche der Volksmoral nicht entsprechen, z. B. wenn man bei dem Diebstahle einer Urkunde von 3000 Thlrn. den Betrag nach dem Papierwerthe berechnet, oder bei Wegnahme wichtiger Rechnungsbücher den Buchbinderlohn als Maaßstab nimmt.

XVI.

Von der Adhäsion des Beschädigten im Strafverfahren [1]).

Von
Herrn Dr. F. Schwarze,
Appellationsrathe zu Dresden.

§. 1.

Die strafrechtliche Verfolgung einer gesetzwidrigen Handlung oder Unterlassung und die Geltendmachung der civilrechtlichen, aus ihr entsprungenen Ersatzansprüche war bekanntlich schon im Römischen Rechte mit den publicis judiciis nicht verbunden. Es liegt auch an sich kein innerer Grund, aus der Natur jener Verfolgung und dieser Geltendmachung entnommen, vor, der diese Vereinigung als eine Nothwendigkeit erforderte. Die Ansprüche des Staats auf die Sühnung des Verbrechens und die des

1) Vgl. außer den Lehrbüchern von Bauer §. 246: Stübel, Criminal-Verfahren III. §. 1327 fg. Müller, §. 246 fg. Zachariä, Grundlinien §. 233. Mittermaier, Strafverf. Theil II. §. 206; insbesondere noch: Kleinschrod, Abhandlungen Theil III. Nr. 16. S. 461 fg. Jordan, in Weiske's Rechtslexicon Bd. I. S. 122 fg.

Beschädigten auf Ersatz des Schadens entspringen aus derselben Quelle, der gesetzwidrigen Handlung, sind aber im Uebrigen völlig verschieden. Es läßt sich nicht einmal behaupten, daß die Entscheidung des Criminalrichters für die des Civilrichters oder diese für jene maßgebend sei. Die Annahme eines solchen Präjudizes würde sich — vom **theoretischen** Standpunkte aus betrachtet — schon bei der Verschiedenheit der dem bürgerlichen und der dem Straf-Processe unterliegenden Grundformen und Entscheidungsregeln nicht rechtfertigen lassen. Eben so wenig kann daher behauptet werden, daß die Entscheidung des Civilrichters über die geltend gemachten Schädenansprüche so lange zu beanstanden sey, bis der Criminalrichter über Existenz und Urheber des Verbrechens entschieden habe. Der Civilrichter ist bei seiner Entscheidung nur an die Ergebnisse der ihm von den Parteien vorgeführten Beweismittel gewiesen und würde daher die Ergebnisse der Untersuchung dann, wenn keine der Parteien bei der Beweisführung auf sie Bezug genommen, nicht einmal in den Kreis seiner Erwägung ziehen und bei der Entscheidung berücksichtigen können. Allein, angenommen, daß eine der Parteien auf die Entscheidung des Strafrichters sich bezieht, so ist dieselbe nur als eine öffentliche Urkunde anzusehen, durch welche bewiesen wird, daß der Strafrichter in der ihm vorgelegenen Untersuchung den im Urthel enthaltenen Ausspruch gefällt habe. Hierzu kommt, daß die Verurtheilung durch den Strafrichter auf Beweismittel sich stützen kann, deren Zulässigkeit im Strafprocesse, nicht auch im Civilprocesse anerkannt ist. Ebenso ist die Form, in welcher die Beweismittel im Strafprocesse erhoben werden, durchaus nicht den Regeln des Civilprocesses entsprechend und nicht selten mit Beschränkungen in Betreff des Bezüchtigten verbunden, welche im Civilprocesse gegen den Beklagten nicht anwendbar

sind. Weiter — abgesehen von der Art der Beweismittel und ihrer Erhebung — ist die Entscheidung des Strafrichters viel freier als die des Civilrichters und kann auf das Zusammentreffen von Indicien gestützt werden, welches dem Civilrichter zur Verurtheilung des Beklagten nicht genügen würde. Man mag sich hierbei nicht darauf berufen, daß bei dem Streben nach materieller Wahrheit im Strafprocesse die Ergebnisse desselben eine viel größere Gewähr ihrer Richtigkeit lieferten, als die des Civilprocesses. Der Beklagte kann verlangen, daß die Entscheidung über die gegen ihn erhobenen Ansprüche in der hierfür bestimmten Maße und Proceßform vorbereitet und ertheilt werde, und es kann ihm an sich dieses Befugniß nicht gleichsam zur Strafe der Handlung, aus welcher die Ansprüche entstanden sind, entzogen werden.

Uebrigens entscheidet der Civilrichter *auch in den* Fällen, in welchen die Untersuchung der betreffenden Handlung überhaupt nicht Statt finden kann (z. B. wegen Verjährung, Abolition ꝛc.), über Existenz und Urheberschaft derselben nach den Regeln und in den Formen des Civilprocesses.

Noch weniger kann die Entscheidung des Civilrichters über die privatrechtlichen Ansprüche irgend einen präjudicirlichen Einfluß auf die Entscheidung des Criminalrichters äußern. Hier ist nicht einmal jene Garantie materieller Wahrheit vorhanden, welche der Strafproceß anstrebt, und der letztere kann Beweisgründe nicht aufnehmen, welche auf Fictionen, Fristversäumnissen, Verzichten ꝛc. beruhen.

Eine andre Frage ist es, ob nicht der Strafrichter die Ergebnisse des Civilprocesses ebensowohl zu Anhaltpunkten bei seinen Erörterungen und Nachforschungen, als auch zu Indicien bei der Aburtheilung der Sache benutzen kann. Der Civilproceß kann ihm hier ein reiches

Material gewähren, bei dessen Benutzung er nicht, wie der Civilrichter bei der Berücksichtigung der Ergebnisse des Strafprocesses, an die Anträge des Bezüchtigten rc. gebunden ist. Allein bei dieser Benutzung treten die allgemeinen Regeln über Erforschung von Indicien, über den Werth derselben und überhaupt die allgemeinen Regeln des Beweises in Strafsachen und über die Beweisführung in denselben ein. Insbesondere kann deshalb, weil die Untersuchung auf den Antrag des Beschädigten eingeleitet worden ist, welcher zuvor im Civilprocesse als Kläger gegen den Beschädiger aufgetreten ist, nicht von einer, auch für den Strafproceß maßgebenden Rechtskraft des Civilurtheils die Rede sein, — ein Parteiverhältniß, wie es der Civilproceß kennt, wird dadurch, daß auf den Antrag des Beschädigten die Untersuchung eingeleitet worden ist, nicht hergestellt.

Wo das positive Gesetz des Staates keine Ausnahme feststellt, kann daher an sich weder die gleichzeitige Verhandlung der Civil- und der Strafsache bei demselben Richter, noch der Satz, daß die Entscheidung einer der connexen Sachen für die der andern maßgebend sei, gerechtfertigt werden [2]).

2) Es ist hier allenthalben von der principalen Verbindung die Rede; — nicht von den Präjudicial-Sachen, bei denen die vorherige Entscheidung einer Incident-Frage vor der Entscheidung der Hauptsache nothwendig ist und an sich, ohne das Zusammentreffen, die Entscheidung der einen von dem Civil-, die der andern von dem Criminal-Richter erfolgen müßte. Der Verfasser hat an einem anderen Orte (in der Sächsischen Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw. Neue Folge Bd. X. Heft 3.) bereits nachzuweisen versucht, daß der Strafrichter mit alleiniger Ausnahme der Fälle, in denen eine vorherige civilrechtliche Entscheidung gradezu zum Thatbestande des Verbrechens vorausgesetzt wird, unbedingt über die einschlagenden (auch eherechtlichen) Civilrechtsfragen selbst zu entscheiden berechtigt sey.

§. 2.

Andrerseits läßt sich nicht verkennen, daß die vereinte Verhandlung und Entscheidung der privatrechtlichen Ansprüche und der Strafsache viele Vortheile darbietet und die getrennte Verhandlung Nachtheile erzeugt, die das Ansehen der Justiz gefährden und leicht zu materiellen Rechtsverletzungen führen.

Es kommt vor, daß der, welcher wegen Nothzucht zur Untersuchung gezogen und mit Strafe belegt worden ist, in dem gegen ihn angestellten Dotations- und Alimentations-Processe losgesprochen wird, weil die dem Civilrichter vorgeführten Beweismittel nach den Regeln des Civilprocesses nicht zum Beweise des concubitus und sonach zur Verurtheilung des Beklagten ausreichten. Es kann vorkommen, daß der, welcher wegen Entwendung *einer bei* ihm aufgefundenen Summe Geldes bestraft wird, *in dem* Civilprocesse, welchen der Eigenthümer des Geldes auf Herausgabe desselben angestellt hatte, losgesprochen wird, weil die Identität des entwendeten und des vorgefundenen Geldes nicht in einer, den Civilproceß-Gesetzen entsprechenden Maße nachgewiesen ward. Der Strafrichter verurtheilte den Besitzer des Geldes, weil letzterer über den rechtlichen Erwerb desselben sich nicht ausweisen konnte, ein habitueller Dieb ist, und weil durch die eidliche Recognition des Eigenthümers in Verbindung mit den sonstigen Ergebnissen der Untersuchung die Thatsache der Entwendung und die Identität in genügende Gewißheit gesetzt wurde. Allein der Civilrichter wird den Indicienbeweis, wenngleich er ihm wieder vorgeführt wird und dabei, soweit möglich (was nicht stets der Fall sein wird), die Formen des Civilprocesses beobachtet werden, nicht für genügend achten.

Es ist überhaupt eine schlimme Zumuthung für den Beschädigten, daß er den Beweis der Beschädigung und

er Urheberschaft gegen den Beschädiger im Civilpro-
e durchführe, nachdem bereits die Staatsbehörde beide
weissätze im Strafprocesse für erbracht angesehen und
halb den Bezüchtigten, seines Läugnens ungeachtet,
einer Criminalstrafe verurtheilt hat. Man will hier
t einmal auf die möglichen Wechselfälle und Zufälle
es Civilprocesses (z. B. Versäumnisse xc.), auf den
rlust oder die Abschwächung einzelner, im Strafpro-
e vorgeführter Beweismittel xc. Bezug nehmen. Die
hrung des Beweises allein schon ist, wenn der Beweis
der Straffache für gelungen erklärt wurde, eine harte
fgabe für den Beschädigten, der nicht selten durch die
schädigung in seinen Vermögens- und Erwerbs-Ver-
ltnissen schwer benachtheiligt worden ist, baldigen Er-
z des ihm zugezognen Schadens dringend wünschen muß
d doch die Erfüllung dieses Wunsches von dem Aus-
nge eines schleppenden Civilprocesses erwarten soll. Diese
wägung macht sich insbesondere bei Körperverletzungen
tend, wo der Verletzte oft dringend des Ersatzes des
ursachten Aufwands für Heilung und Pflege bedarf
dennoch hiermit, nach der Bestrafung des Beschä-
ers, erst an den Civilrichter verwiesen wird.

Diese Uebelstände müssen den Gesetzgeber zu einer
chen Vermittelung der beiden Procesarten in Betreff
hier fraglichen Ansprüche veranlassen, daß bei strenger
rücksichtigung der Interessen des Beschädigers, insbe-
dere seiner processualischen Stellung, dem Beschädig-
auf möglichst raschem Wege zu seiner Ersatzforderung
holfen werde.

Diese Vermittelung hat man in dem Adhäsions-
ocesse gefunden. Man hat dem Beschädigten das
fugniß ertheilt, seine Schädenansprüche in dem Straf-
fahren geltend zu machen, und die Competenz des
rafrichters auf die Erörterung und Entscheidung die-

ser Ansprüche ausgedehnt, ohne ihn jedoch zu nöthigen, derselben unbedingt, wie der der Criminalsache, sich zu unterziehen.

§. 3.

Die italienischen Juristen, welche anfänglich dieser Vereinigung nicht günstig waren, erkannten sie nach und nach als zulässig an [3]), und, wenngleich die Carolina eine gleichzeitige Verhandlung der Civil- und Criminalsache nicht gestattet zu haben scheint [4]), so wurde ihre Einführung doch durch die Vorschriften der Carolina, über die Verpflichtung des Richters zur Rückgabe entwendeter und geraubter Sachen an den Eigenthümer [5]), befördert. Man hat daher z. B. in Sachsen nicht bedenklich gefunden, daß der Untersuchungsrichter die entwendete Sache, deren Entwendung nachgewiesen worden, dem Eigenthümer ohne weitere Verhandlung zurückgibt. Man hat dieses Verfahren nicht blos in den Fällen, in welchen der Bezüchtigte die Entwendung zugestanden hatte, sondern selbst in den Fällen angewendet, in denen der Bezüchtigte den Diebstahl geläugnet, über den rechtmäßigen Erwerb der Sache aber sich nicht ausweisen konnte und des Diebstahls für schuldig erklärt wurde [6]). Nur in den Fällen, in welchen der Inculpat den Diebstahl geläugnet und der Ausantwortung der Sache an den Bezüchtigten widersprochen hatte, oder wo Zweifel über die Identität der Sache entstanden, hat man von der sofortigen Rückgabe derselben abgesehen und die Entscheidung

---

3) Vgl. hierüber die Nachweisungen von Mittermaier, das deutsche Strafverfahren, §. 213. Not. 5. 6.

4) Vgl. Jordan a. a. O. Seite 123. Anm.

5) Art. 207. Vgl. noch Art. 193.

6) Vgl. hierüber Stübel, d. Crim.-Verfahren, Theil III. §. 1344

den Civilrichter verwiesen. Zweifel über die Identi-
haben sich bei der Entwendung von gangbaren Geld-
ten ergeben; jedoch auch hier hat man sich dadurch ge-
fen, daß man das Geld als Ersatzmittel dem Bestohl-
r übergeben hat, wenn kein bestimmter Widerspruch
Inculpaten vorlag.

In allen diesen Fällen erfolgte die richterliche Ver-
ung zumeist von Amtswegen, und ohne daß ein darauf
ichteter Antrag oder wohl selbst ein Anschluß des Be-
digten an das Strafverfahren vorgelegen hätte.

Bestimmter treten die Fälle der Körperverletzung
, bei denen der Verletzte (und zwar ohne Unterschied,
eine schwere oder leichte Verletzung Gegenstand der
tersuchung war und daher die letztere von Amtswegen
r *auf* Antrag des Verletzten eröffnet wurde) auf Er-
der Curkosten angetragen hatte. Der erkennende
hter entschied im Falle der Verurtheilung des Incul-
ten in der Regel nach dem Antrage und, wenn die
rkosten specificirt waren, unter ausdrücklicher Bezug-
me auf die specificirte Summe und ohne weitere Be-
änkung, als daß er die gerichtsärztliche Feststellung
einzelnen Ansätze vorbehielt. Dagegen ist dem Ver-
ser kein Fall vorgekommen, in welchem die Verurthei-
ng in der Criminalsache auch auf andere Schäden,
B. Ersatz des entzogenen Verdienstes rc., mit gerichtet
rden wäre.

In Forststrafsachen soll nach der Sächsischen Gesetz-
ung die Verurtheilung auch auf den Ersatz des Scha-
s gerichtet werden. Allein es ist dieser Vorschrift nicht
mer nachgegangen worden. Eben so ist bei der Be-
digung fremden Eigenthums rc. das Erkenntniß des
africhters auf den Ersatz des Schadens nicht gerichtet
rden.

sicht betrachtet werden, daß die Strafe nicht nach dem Betrage der Forderung, worauf die Urkunde lautet, bemessen werden darf. Sieht man bei der Berechnung des Betrags auf den Schaden für den Bestohlenen, so hat zwar scheinbar dieser 1000 Fl. verloren, wenn der auf diese Summe lautende Schuldschein ihm entzogen wird; allein es kommt dann auf alle oben bemerkte Unterscheidungen an, ob der Bestohlene noch durch andere Beweismittel die Forderung beweisen kann, und so lange dieser Beweis möglich ist, läßt sich kein Schaden annehmen [45]). Bezieht man die Berechnung des Betrags auf den Gewinn, den der Dieb macht, so ist es gewiß, daß er rechtlich keinen Gewinn von dem Besitze einer auf seinen Namen nicht lautenden Schuldurkunde hat, weil er nur durch Nachweisung der Rechtsübertragung die fremde Forderung geltend machen kann; aber auch thatsächlich hat der Dieb keinen Vortheil, er gewinnt durch Besitz des Schuldscheins keine 1000 Fl., sondern für ihn ist der Schein ein werthloses Papier, das nur einen Gewinn möglicherweise geben kann, wenn der Thäter ein neues Verbrechen verübt, also entweder durch falsche Vorspiegelungen die Urkunde zu veräußern sucht, oder eine falsche Cession macht, oder zur Legitimation einen falschen Eid leistet [46]).

Alle bisherigen Nachweisungen mögen zeigen, daß eine Gesetzgebung, welche die Strafdrohungen bei dem

---

45) Es müßten dann folgerichtig alle civilprozessualischen Fragen, ob z. B. in dem Lande der Zeugenbeweis zulässig ist, ob Anfang des schriftlichen Beweises möglich wird, ob von dem Eide Gebrauch gemacht werden kann, hereingezogen werden.

46) Auch bei einem gestohlenen Wechsel läßt sich die Forderung auf dem Wege des ordentlichen Prozesses in vielen Fällen geltend machen.

Diebstahle von dem Betrage abhängig macht, in Verlegenheiten kommt, oft weitläufige Verhandlungen aufstellen und zu Auswegen kommen muß, welche der Volksmoral nicht entsprechen, z. B. wenn man bei dem Diebstahle einer Urkunde von 3000 Thlrn. den Betrag nach dem Papierwerthe berechnet, oder bei Wegnahme wichtiger Rechnungsbücher den Buchbinderlohn als Maaßstab nimmt.

ungeachtet aber seine Ansprüche im Strafverfahren verfolgen kann.

Eben so unerheblich ist der Einwand unter Nr. 3. Nach französischem Rechte wird der als Civilpartie aufgetretene Beschädigte nicht als Zeuge behandelt; — wohl aber, wenn er entweder als solche nicht aufgetreten ist, oder zwar als solche aufgetreten, aber die privatrechtliche Verfolgung wieder zurückgezogen hat. Dieser Unterschied ist nicht praktisch. Das Interesse, welches man als Ausschließungsgrund wider den Beschädigten geltend machen will, zeigt sich auch in den Fällen der letztern Art in sofern, als der Beschädigte im Wege des Civilprocesses, welcher ohnedies nach französischem Rechte bis zur Erledigung der Criminalsache ausgesetzt werden muß, die Ergebnisse der letztern benutzen kann und der Civilrichter, nach dem Grundsatze Le criminel emporte le civil, an die Entscheidung des Criminalrichters, durch welche die Existenz des Verbrechens und die Urheberschaft des Bezüchtigten für bewiesen erklärt wird, bei der Entscheidung über die Schädenansprüche unbedingt gebunden ist. Der Strafrichter entscheidet also in den Fällen, in welchen der Beschädigte als Civilpartie nicht aufgetreten ist, doch auf die Aussagen des Beschädigten hin, — er benutzt sie vielleicht vorzugsweise als Argumente der Verurtheilung — und gibt somit eine Entscheidung auf Grund von Aussagen eines Zeugen zum Vortheile desselben. Der Beschädigte, zeither Zeuge im Strafverfahren, tritt nunmehr als Kläger im Civilprocesse auf, und das verurtheilende Erkenntniß des Strafrichters ist für ihn ein unwiderlegliches Zeugniß über Existenz und Urheberschaft der That, so daß er nur noch die Schäden selbst zu quantificiren und zu bescheinigen hat, — das Civilgericht hat die Entscheidung des Strafrichters als unveränderliche und unabweisbare Basis seiner eigenen Entscheidung anzunehmen

Beschädigten auf Ersatz des Schadens entspringen aus derselben Quelle, der gesetzwidrigen Handlung, sind aber im Uebrigen völlig verschieden. Es läßt sich nicht einmal behaupten, daß die Entscheidung des Criminalrichters für die des Civilrichters oder diese für jene maßgebend sei. Die Annahme eines solchen Präjudizes würde sich — vom **theoretischen** Standpunkte aus betrachtet — schon bei der Verschiedenheit der dem bürgerlichen und der dem Straf-Processe unterliegenden Grundformen und Entscheidungsregeln nicht rechtfertigen lassen. Eben so wenig kann daher behauptet werden, daß die Entscheidung des Civilrichters über die geltend gemachten Schädenansprüche so lange zu beanstanden sey, bis der Criminalrichter über Existenz und Urheber des Verbrechens entschieden habe. Der Civilrichter ist bei seiner Entscheidung nur an die Ergebnisse der ihm von den Parteien vorgeführten Beweismittel gewiesen und würde daher die Ergebnisse der Untersuchung dann, wenn keine der Parteien bei der Beweisführung auf sie Bezug genommen, nicht einmal in den Kreis seiner Erwägung ziehen und bei der Entscheidung berücksichtigen können. Allein, angenommen, daß eine der Parteien auf die Entscheidung des Strafrichters sich bezieht, so ist dieselbe nur als eine öffentliche Urkunde anzusehen, durch welche bewiesen wird, daß der Strafrichter in der ihm vorgelegenen Untersuchung den im Urthel enthaltenen Ausspruch gefällt habe. Hierzu kommt, daß die Verurtheilung durch den Strafrichter auf Beweismittel sich stützen kann, deren Zulässigkeit im Strafprocesse, nicht auch im Civilprocesse anerkannt ist. Ebenso ist die Form, in welcher die Beweismittel im Strafprocesse erhoben werden, durchaus nicht den Regeln des Civilprocesses entsprechend und nicht selten mit Beschränkungen in Betreff des Bezüchtigten verbunden, welche im Civilprocesse gegen den Beklagten nicht anwendbar

sind. Weiter — abgesehen von der Art der Beweismittel und ihrer Erhebung — ist die Entscheidung des Strafrichters viel freier als die des Civilrichters und kann auf das Zusammentreffen von Indicien gestützt werden, welches dem Civilrichter zur Verurtheilung des Beklagten nicht genügen würde. Man mag sich hierbei nicht darauf berufen, daß bei dem Streben nach materieller Wahrheit im Strafprocesse die Ergebnisse desselben eine viel größere Gewähr ihrer Richtigkeit lieferten, als die des Civilprocesses. Der Beklagte kann verlangen, daß die Entscheidung über die gegen ihn erhobenen Ansprüche in der hierfür bestimmten Maße und Proceßform vorbereitet und ertheilt werde, und es kann ihm an sich dieses Befugniß nicht gleichsam zur Strafe der Handlung, aus welcher die Ansprüche entstanden sind, entzogen werden.

Uebrigens entscheidet der Civilrichter *auch in den* Fällen, in welchen die Untersuchung der betreffenden Handlung überhaupt nicht Statt finden kann (z. B. wegen Verjährung, Abolition ꝛc.), über Existenz und Urheberschaft derselben nach den Regeln und in den Formen des Civilprocesses.

Noch weniger kann die Entscheidung des Civilrichters über die privatrechtlichen Ansprüche irgend einen präjudicirlichen Einfluß auf die Entscheidung des Criminalrichters äußern. Hier ist nicht einmal jene Garantie materieller Wahrheit vorhanden, welche der Strafproceß anstrebt, und der letztere kann Beweisgründe nicht aufnehmen, welche auf Fictionen, Fristversäumnissen, Verzichten ꝛc. beruhen.

Eine andre Frage ist es, ob nicht der Strafrichter die Ergebnisse des Civilprocesses ebensowohl zu Anhaltspunkten bei seinen Erörterungen und Nachforschungen, als auch zu Indicien bei der Aburtheilung der Sache benutzen kann. Der Civilproceß kann ihm hier ein reiches

Material gewähren, bei dessen Benutzung er nicht, wie der Civilrichter bei der Berücksichtigung der Ergebnisse des Strafprocesses, an die Anträge des Bezüchtigten rc. gebunden ist. Allein bei dieser Benutzung treten die allgemeinen Regeln über Erforschung von Indicien, über den Werth derselben und überhaupt die allgemeinen Regeln des Beweises in Strafsachen und über die Beweisführung in denselben ein. Insbesondere kann deshalb, weil die Untersuchung auf den Antrag des Beschädigten eingeleitet worden ist, welcher zuvor im Civilprocesse als Kläger gegen den Beschädiger aufgetreten ist, nicht von einer, auch für den Strafproceß maßgebenden Rechtskraft des Civilurthels die Rede sein, — ein Parteiverhältniß, wie es der Civilproceß kennt, wird dadurch, daß auf den Antrag des Beschädigten die Untersuchung eingeleitet worden ist, nicht hergestellt.

Wo das positive Gesetz des Staates keine Ausnahme feststellt, kann daher an sich weder die gleichzeitige Verhandlung der Civil- und der Strafsache bei demselben Richter, noch der Satz, daß die Entscheidung einer der connexen Sachen für die der andern maßgebend sei, gerechtfertigt werden [2]).

---

2) Es ist hier allenthalben von der principalen Verbindung die Rede; — nicht von den Präjudicial-Sachen, bei denen die vorherige Entscheidung einer Incident-Frage vor der Entscheidung der Hauptsache nothwendig ist und an sich, ohne das Zusammentreffen, die Entscheidung der einen von dem Civil-, die der andern von dem Criminal-Richter erfolgen müßte. Der Verfasser hat an einem anderen Orte (in der Sächsischen Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw. Neue Folge Bd. X. Heft 3.) bereits nachzuweisen versucht, daß der Strafrichter mit alleiniger Ausnahme der Fälle, in denen eine vorherige civilrechtliche Entscheidung gradezu zum Thatbestande des Verbrechens vorausgesetzt wird, unbedingt über die einschlagenden (auch eherechtlichen) Civilrechtsfragen mit zu entscheiden berechtigt sey.

§. 2.

Andrerseits läßt sich nicht verkennen, daß die vereinte Verhandlung und Entscheidung der privatrechtlichen Ansprüche und der Strafsache viele Vortheile darbietet und die getrennte Verhandlung Nachtheile erzeugt, die das Ansehen der Justiz gefährden und leicht zu materiellen Rechtsverletzungen führen.

Es kommt vor, daß der, welcher wegen Nothzucht zur Untersuchung gezogen und mit Strafe belegt worden ist, in dem gegen ihn angestellten Dotations- und Alimentations-Processe losgesprochen wird, weil die dem Civilrichter vorgeführten Beweismittel nach den Regeln des Civilprocesses nicht zum Beweise des concubitus und sonach zur Verurtheilung des Beklagten ausreichten. Es kann vorkommen, daß der, welcher wegen Entwendung einer bei ihm aufgefundenen Summe Geldes bestraft wird, in dem Civilprocesse, welchen der Eigenthümer des Geldes auf Herausgabe desselben angestellt hatte, losgesprochen wird, weil die Identität des entwendeten und des vorgefundenen Geldes nicht in einer, den Civilproceß-Gesetzen entsprechenden Maße nachgewiesen ward. Der Strafrichter verurtheilte den Besitzer des Geldes, weil letzterer über den rechtlichen Erwerb desselben sich nicht ausweisen konnte, ein habitueller Dieb ist, und weil durch die eidliche Recognition des Eigenthümers in Verbindung mit den sonstigen Ergebnissen der Untersuchung die Thatsache der Entwendung und die Identität in genügende Gewißheit gesetzt würde. Allein der Civilrichter wird den Indicienbeweis, wenngleich er ihm wieder vorgeführt wird und dabei, soweit möglich (was nicht stets der Fall sein wird), die Formen des Civilprocesses beobachtet werden, nicht für genügend achten.

Es ist überhaupt eine schlimme Zumuthung für den Beschädigten, daß er den Beweis der Beschädigung und

er Urheberschaft gegen den Beschädiger im Civilpro-
e durchführe, nachdem bereits die Staatsbehörde beide
weissätze im Strafprocesse für erbracht angesehen und
shalb den Bezüchtigten, seines Läugnens ungeachtet,
einer Criminalstrafe verurtheilt hat. Man will hier
ht einmal auf die möglichen Wechselfälle und Zufälle
es Civilprocesses (z. B. Versäumnisse ꝛc.), auf den
rlust oder die Abschwächung einzelner, im Strafpro-
sse vorgeführter Beweismittel ꝛc. Bezug nehmen. Die
hrung des Beweises allein schon ist, wenn der Beweis
der Strafsache für gelungen erklärt wurde, eine harte
fgabe für den Beschädigten, der nicht selten durch die
schädigung in seinen Vermögens- und Erwerbs-Ver-
ltnissen schwer benachtheiligt worden ist, baldigen Er-
z des ihm zugezognen Schadens dringend wünschen muß
d doch die Erfüllung dieses Wunsches von dem Aus-
ge eines schleppenden Civilprocesses erwarten soll. Diese
wägung macht sich insbesondere bei Körperverletzungen
tend, wo der Verletzte oft dringend des Ersatzes des
ursachten Aufwands für Heilung und Pflege bedarf
) dennoch hiermit, nach der Bestrafung des Beschä-
ers, erst an den Civilrichter verwiesen wird.

Diese Uebelstände müssen den Gesetzgeber zu einer
chen Vermittelung der beiden Processarten in Betreff
hier fraglichen Ansprüche veranlassen, daß bei strenger
rücksichtigung der Interessen des Beschädigers, insbe-
dere seiner processualischen Stellung, dem Beschädig-
auf möglichst raschem Wege zu seiner Ersatzforderung
holfen werde.

Diese Vermittelung hat man in dem Adhäsions-
ocesse gefunden. Man hat dem Beschädigten das
fugniß ertheilt, seine Schädenansprüche in dem Straf-
fahren geltend zu machen, und die Competenz des
rafrichters auf die Erörterung und Entscheidung die-

zugleich den Beweis für die Existenz und den Umfang seiner Schäden herzuleiten. Man gestattet dem Beschädigten, in dem Strafverfahren die daselbst ermittelten Thatsachen als Beweisunterlagen für seinen Anspruch zu benutzen, und ermächtigt den Richter, auf Grund dieser Erhebungen gleichzeitig über den Civil- und Criminal-Punkt zu entscheiden.

In diesen Erwägungen liegt, nach der Ansicht des Verfassers, auch das entscheidende Moment für die Parteistellung und die Grenzen des Adhäsionsprocesses.

Die unmittelbare Einwirkung des Beschädigten auf den Gang des Verfahrens oder die gerichtlichen Erhebungen, — die selbstständige Erörterung der privatrechtlichen Ansprüche, — und die Benutzung der civilprocessualisch gestatteten Ergänzungsmittel für den geführten *Beweis* — müssen ausgeschlossen bleiben, und der Gesichtspunkt, daß jede richterliche Thätigkeit bei der Beweisaufnahme nur auf die Herstellung der zu der **Criminal-Entscheidung** nöthigen Unterlagen gerichtet seyn dürfe, maßgebend seyn.

Hieraus folgt, daß der Adhärent keine Anträge auf Vornahme einzelner gerichtlicher Handlungen Behufs der Erörterung seiner Ansprüche stellen kann, und daß der Richter eine Verurtheilung nur dann aussprechen kann, wenn die Ergebnisse der Criminaluntersuchung nicht blos die Verurtheilung in der Criminalsache, sondern auch, ohne weitere Ergänzung, die in der Civilsache rechtfertigen. Man kann daher sagen, daß dem Strafrichter nur **in Betreff der Aburtheilung** die Competenz in der materiell-conneren Civilsache übertragen werde.

Geht man von diesen Grundsätzen aus, so wird weder eine Vermischung der beiden Proceßformen, noch eine Verzögerung des Strafverfahrens, noch auch endlich eine Benachtheiligung des Bezüchtigten als des Beklagten, in

seinen Parteirechten zu befürchten seyn. Insbesondere wird der Einwand, daß das inquisitorische Element der Untersuchung auf die Erörterung des Civilanspruchs übertragen werde, beseitigt seyn. Andrerseits wird der Vortheil für den Beschädigten immer ein sehr erheblicher seyn, namentlich wenn man dem Strafrichter gestattet, in den Fällen, in welchen der Umfang der Ersatzpflicht an sich zwar, nicht aber das Quantum der Schäden in gehöriger Gewißheit beruht, nur diese Verpflichtung auszusprechen.

§. 7.

Aus dem Obigen ergeben sich nun folgende Regeln:

a) Der Beschädigte hat seinen Entschluß, dem Strafverfahren zu adhäriren, bestimmt auszusprechen und *actenkundig* zu machen. Eine Fristſtellung betreffs der *Erklärung* ist zweckmäßig, wenngleich nicht unbedingt nöthig. Denn da der Beschädigte keine Anträge auf Erhebungen stellen kann, so wird der Richter auch jederzeit in der Lage seyn, über den Anspruch des Beschädigten mit zu entscheiden, und ein Aufschub des Verfahrens bis zur Erledigung der Anträge kann, selbstverständlich, nicht eintreten. Schließlich ist es auch nur der Nachtheil des Beschädigten, wenn der Richter bedenklich findet, auf den späten Antrag desselben noch einzugehen, und ihn deshalb *an den* Civilrichter verweist.

b) Die Ansprüche müssen bestimmt specificirt werden, damit der Richter zu prüfen im Stande ist, ob und in wieweit sie durch die Ergebnisse der Untersuchung bewahrheitet werden.

c) Der Bezüchtigte ist über die Anträge zu hören, gleichwie über die Beschuldigungspunkte, — es folgt dieses Recht auch aus der Parteistellung zu dem Beschädigten.

d) Der Beschädigte kann jederzeit bis zum Erkenntnisse seinen Antrag zurückziehen und seine Ansprüche im

Civilprocesse verfolgen, vorbehältlich der Pflicht zur Uebertragung der etwa durch seine Anträge entstandenen und bezüglich dem Gegner verursachten Kosten.

e) Eine Abweisung der Ansprüche erfolgt nur durch das Erkenntniß in der Hauptsache oder durch das Einstellungserkenntniß. Eine vorherige Zurückweisung im Vorverfahren oder im Anklageverfahren ist nicht statthaft und nicht nöthig, da die Anträge des Beschädigten das Verfahren nicht aufhalten und somit kein Grund zu einer früheren Zurückweisung vorliegt.

f) Die Abweisung hat nur den Charakter der Ausweisung aus dem Strafverfahren und der Verweisung an das Civilgericht.

g) Der Beschädigte kann keine Anträge auf Untersuchungshandlungen stellen, noch der Vornahme von solchen widersprechen. Für ihn sind nur die Ergebnisse derselben vorhanden. Insbesondere hat er nicht das Recht, der Haftentlassung ohne Sicherheitsstellung zu widersprechen. Die Haft wird aus criminalprocessualischen Gründen angelegt und mit Wegfall derselben aufgehoben, — sie kann niemals ein Sicherungsmittel für die Ansprüche des Beschädigten seyn. Die gegentheilige Annahme ist eine Erhebung des Civilpunkts zur Hauptsache und eine ungerechtfertigte Benachtheiligung des Bezüchtigten. Dasselbe gilt von der Frage, ob der Beschädigte über die Höhe der Caution, gegen deren Erlegung der Bezüchtigte entlassen werden soll, gehört werde. Soweit der Untersuchungsrichter bei der Bestimmung der Cautionssumme überhaupt auf den angestifteten Schaden und die ihm bekannten Ansprüche des Beschädigten Rücksicht nehmen soll, liegt ihm diese Pflicht auch dann ob, wenn der letztere dem Strafverfahren sich nicht angeschlossen hat, und ist also nichts Besonderes. Im Uebrigen aber bleibt es dem Beschädigten unbenommen, die nöthigen Inhibitions- und

Beschlagnahme=Anträge bei dem betreffenden Civil=Gerichte u stellen, zu dessen Competenz sie gehören.

h) Der Beschädigte darf den Vernehmungen des Bezüchtigten und den Befragungen der Zeugen in der Vor=ntersuchung nicht beiwohnen. Er würde außerdem nur u leicht die Stelle eines zweiten Inquirenten einnehmen nd, seinem Gegner gegenüber, die Rolle des Klägers nit der des Richters vertauschen, — eine offenbare Rechts=erletzung gegen den Bezüchtigten. Eine andere Frage st es, ob der Richter befugt seyn soll, den Beschädigten ei Localbesichtigungen, Haussuchungen rc. beizuziehen oder uzulassen. Diese Frage ist aus bekannten, strafpro=essualischen Gründen zu bejahen, und der Richter wird ierbei unbehindert seyn, den Beschädigten mit seinen Be=nerkungen zu hören.

i) Der Beschädigte ist von dem Actenschlusse, dem Erkenntnisse auf Fortstellung (Verweisungsbeschlusse rc.) nd den für die Hauptverhandlung bestimmten Beweis=nitteln in Kenntniß zu setzen, sowie zur Hauptverhand=ung vorzuladen, wobei er sowohl mit einem Advocaten, ls auch nur durch einen Advocaten erscheinen kann. Der=elbe kann Vorstellungen und Ausführungen, sowohl in Betreff der bisher erlangten, seinen Ansprüchen günstigen Ergebnisse, als auch in Betreff der rechtlichen Begründung er Ansprüche, zu den Acten einreichen, worüber der Geg=er zu hören ist. Die Einsicht der Acten ist ihm, benso wie dem Vertheidiger des Angeschuldigten, jedoch nter den sonst üblichen Maßregeln zur Verhütung des Mißbrauchs, zu gestatten [17]).

---

17) Der neueste Bayer. Entw. Art. 106 bestimmt: „Hat sich dem Strafverfahren ein Privatbetheiligter angeschlossen, so kann der Rechtsanwalt desselben nur zum Zwecke der Vorbereitung für die Hauptverhandlung oder der Ausführung eines Rechtsmittels, die strafgerichtlichen Acten einsehen."

k) Bei der Hauptverhandlung wird der Beschädigte mit seinen Anträgen und Ausführungen, insbesondere nach dem Schlusse der Beweisaufnahme, zu hören seyn. Bei der Hauptverhandlung tritt das obige Bedenken gegen die Einmischung des Beschädigten in das Hauptverfahren mehr zurück, weil hier der Bezüchtigte zugegen ist und es ihm freisteht, die zur Widerlegung des Beschädigten dienlichen Fragen an die Zeugen ꝛc. stellen zu lassen. Auch wird, wenn eben die Befragung auf die für die Criminalsache vorgeladenen Zeugen beschränkt wird, ein Verschleif oder sonstige Benachtheiligung der Criminalsache nicht zu befürchten seyn. Das contradictorische Verfahren sichert vor Einseitigkeit und Uebergriffen.

l) Die Verurtheilung nach dem Antrage des Beschädigten ist nur bei einer Verurtheilung des Bezüchtigten in der Criminalsache und zwar in Betreff derjenigen Handlung, als deren Folgen die geltend gemachten Schäden anzusehen sind, zulässig.

Ueber das Erkenntniß selbst und die gegen dasselbe zulässigen Rechtsmittel ist nun Folgendes zu erwähnen:

§. 8.

Die Ermittelung der Schäden im Strafverfahren geht nicht immer bis in die kleinsten Details. Es genügt hier häufig eine summarische Angabe derselben. Man fragt z. B. bei einer Körperverletzung nicht darnach, ob der Verletzte fünf, oder aber ob er acht Tage außer Stande gewesen ist, seine gewöhnliche Berufsarbeit zu verrichten; — es genügt die Versicherung, daß er mehrere Tage unfähig zur Arbeit gewesen ist; man fragt nicht, auf wie hoch sich sein zeitheriger Arbeitsverdienst belaufen und wieviel ihm daher entzogen worden. Diese Fragen werden wichtig bei der Quantificirung der Schäden und

it bei der Feststellung der Ersatzsumme. Der Crimi-
ichter kann Behufs derselben keine selbstständigen,
h das Strafverfahren nicht gebotenen Erörterungen
nehmen, obgleich er nicht gehindert seyn wird, die
rdies erforderliche Befragung des Verletzten auf diese
ikte mit zu richten und den Beschädiger hiergegen mit
en Einwendungen zu hören. In den Fällen nun, in
chen die Quantificirung der Schäden besondere Schwie-
eiten darbietet oder die Schädensumme durch die cri-
ıalprocessualischen Erhebungen nicht in die erforderliche
visßheit gesetzt wird, ist es immer noch ein Gewinn
den Beschädigten, wenn der Angeschuldigte in die,
ch seine Handlung verursachten erweislichen Schäden
urtheilt wird, so daß eben nur die Liquidirung und
scheinigung der Schäden zur civilprocessualischen Aus-
rung übrig bleibt und die Vordersätze der Schädenrech-
ig nicht mehr angefochten werden können.

Nur ein Bedenken könnte hier noch von der Frage
genommen werden: Wieweit erstreckt sich eine solche
rurtheilung?

Der Beschädiger kann für den directen Schaden,
er durch seine Handlung dem Andern zugefügt hat,
ten, — er kann auch für den entzogenen Gewinn ver-
wortlich seyn. Welcher Grad der Ersatzpflicht wird
ch die obige Formel ausgesprochen? — Die hier
sehr feinen Unterschiede zwischen diesen Graden der
atzpflicht und ihrer Geltendmachung werden nicht sel-
den Kreis der strafrechtlichen Erörterung und Ent-
idung überschreiten. Allein man kann hier dem Straf-
ter, welchem einmal bei der Entscheidung über die
sprüche die Stellung des Civilrichters angewiesen wird,
h bei dieser Frage die Entscheidung darüber, welcher
ad der Ersatzpflicht vorliege, mit der Wirkung über-
en, daß der Beschädigte den etwa zurückgewiesenen

höhern Grad der Ersatzpflicht annoch im Civilrechtswege geltend machen könne, — oder, was bei solcher allgemeinen Verurtheilung sich noch mehr empfehlen möchte, man überläßt die Entscheidung der Frage, wieweit die Ersatzpflicht sich erstrecke, unbedingt dem spätern Verfahren vor dem Civilgerichte.

Man kann sich daher folgende Fälle der Verurtheilung denken:

a) der Strafrichter verurtheilt den Bezüchtigten in Bezahlung der von dem Beschädigten liquidirten Summe; —

b) der Strafrichter verurtheilt ihn in Erstattung der dem Beschädigten verursachten, erweislichen Schäden, ohne nähere Bezeichnung;

c) gleiche Verurtheilung, mit näherer Bezeichnung des Grades der Ersatzpflicht.

Hierzu tritt noch der besondere Fall, wenn der Bezüchtigte in Herausgabe einer Sache verurtheilt, im Uebrigen aber die Frage über die Ersatzpflicht wegen weiterer Schäden zum Civilprocesse verwiesen wird.

Ferner kann sich der Strafrichter zu der allgemeinen Verurtheilung veranlaßt finden, weil der ursachliche Zusammenhang der strafbaren That und des angezeigten, auch bewiesnen Schadens nicht nachgewiesen ist.

Auf einen Erfüllungseid kann der Strafrichter sein Erkenntniß nicht richten. Der Beweis muß vollständig durch die Ergebnisse der Untersuchung geliefert seyn, — ein Rückgriff zu civilprocessualischen Ergänzungsmitteln ist unzulässig. Ein Reinigungseid würde selbstverständlich noch andere Bedenken gegen sich haben. Kann der Strafrichter auf einen Schätzungseid (juramentum in litem) erkennen? In consequenter Durchführung des obersten Grundsatzes, den wir aufgestellt haben, würde die Frage zu verneinen seyn. Allein wie einestheils hier

ie äußerste Consequenz vor der praktischen Nothwendig=
eit oder doch Nützlichkeit zurücktreten muß, so wird der
Beschädigte in der Regel auch als Zeuge befragt und ver=
idet worden seyn. Der Strafrichter kann solchenfalls
unbedenklich den Zeugeneid des Beschädigten — dafern
eine Aussage die specielle Angabe der Schäden mit um=
aßt — als Schätzungseid für die Civilsache ansehen, wie
r ja auch diese Aussage in Betreff der Schädensumme
dem Straferkenntnisse zu Grunde legt. Muß man fer=
ner dem Strafrichter das Recht der Feststellung und be=
züglich Ermäßigung der liquidirten Schädensumme über=
haupt einräumen, so ist es auch unbedenklich, ihm zu
gestatten, auf den Schätzungseid zu erkennen. Hierzu
kommt, daß dieser Eid nur das Aushilfsmittel für die
richterliche Feststellung der Schäden, keineswegs ein selbst=
ständiges Beweismittel ist und auch dem Erfüllungseide
nicht gleichgestellt werden kann.

Der Strafrichter nimmt daher bei den Erhebungen
des Sachverhalts und den sonstigen Erörterungen keine
entscheidende Rücksicht auf die erfolgte Adhäsion und
verfährt allenthalben hierbei nach den Regeln des Straf=
processes. Bei der Entscheidung über die Adhäsion wird
er die Frage, ob die für den Civilpunkt einschlagenden
Thatsachen bewiesen seyen, gleichfalls nach den Regeln
über den Beweis in Strafsachen beantworten. Nur bei
den Fragen: Ist der Thäter schuldig, für den durch
seine Handlung angestifteten Schaden einzustehen? Wie
weit erstreckt sich diese Ersatzpflicht? Sind die angezeigten
Schäden solche, welche von dieser Ersatzpflicht betroffen
werden? wird er auf die Grundsätze des Civilrechts zu=
rückgehen. Also die Thatfrage nach den
Grundsätzen des Strafprocesses, — die
Rechtsfrage nach denen des Civilrechts.

Unpassend erscheint es, dem Strafrichter zu gestatten, einzelne Theile der Schädenrechnung zur civilprocessualischen Ausführung zu verweisen und in Betreff der übrigen die Verurtheilung des Bezüchtigten auszusprechen. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß, *wenn* einzelne Posten der Schädenrechnung Zweifel erregen, der Strafrichter von einem weiteren Eingehen auf die sämmtlichen Posten absieht und eine theilweise Verurtheilung und theilweise Abweisung unzulässig ist. In diesen Fällen wird der Richter nur die allgemeine Verurtheilung in die erweislichen Schäden auszusprechen haben.

§. 9.

Erwägt man nun, daß der Beschädigte in den Fällen, in welchen er bei der Umfänglichkeit und Schwierigkeit seiner Schädenrechnung im Voraus sich *sagen muß*, daß der Strafrichter die sofortige Verurtheilung des Bezüchtigten in den geforderten Ersatz bedenklich finden und den Antrag zum Civilrichter verweisen werde, nur zu dem Zwecke dem Criminalverfahren sich anschließen wird, um jene allgemeine Verurtheilung des Bezüchtigten in Abstattung der verursachten Schäden zu erlangen, hierzu es aber in der That eines besondern Anschlusses des Beschädigten nicht bedarf: da er selbstständige Erhebungen zu diesem Behufe nicht beantragen kann, so scheint es zweckmäßig zu seyn, den Grundsatz des französischen Rechts zu adoptiren, von welchem wir oben gesprochen haben, und ihn als allgemeinen materiellen Rechtssatz hinzustellen. Merlin sagt in s. Répert. v. Chose-jugée §. 15 [18]):

Le jugement du tribunal criminel forme pour la partie civile sur *l'existence* du délit comme sur la

18) Vgl. Ruppenthal, a. a. O.

culpabilité de son auteur une preuve, qu'aucune autorité ne peut plus atténuer ni méconnaitre et de laquelle le tribunal civil doit partir comme d'une base invariable pour déterminer les dommages — intérêts qui sont dûs.

Die Hannöversche Straf-P. O. §. 45 läßt zwar eine Verbindung der öffentlichen Klage und der Civilklage nur bei den Polizei-Uebertretungen zu, bestimmt aber in §. 46 über den Einfluß der strafrichterlichen Entscheidung auf das Civilverfahren:

„Wird durch rechtskräftiges Strafurtheil der Beschuldigte einer Handlung (Unterlassung) schuldig erkannt, so gilt das Daseyn dieser Handlung auch für das abgesonderte Civilverfahren bis zum Gegenbeweise für erwiesen. Das etwaige Erkenntniß des Strafrichters über die Strafrechtswidrigkeit und deren Folgen bindet jedoch den Civilrichter nicht hinsichtlich seines Urtheils über die in der Handlung liegende Privatrechtsverletzung und deren Folgen."

Aus dem Gegensatze, in welchem diese beiden Abschnitte des §. 46 stehen, muß man abnehmen, daß nicht blos das Daseyn, sondern auch die Urheberschaft der Handlung durch das Criminalurthel bewiesen seyn soll. Wichtig ist dagegen die Beschränkung: „bis zum Gegenbeweise." Es wird hier die Beantwortung vorzüglich von der Vorfrage abhängen, in wieweit der Verurtheilte wegen neuer Thatumstände die Wiederaufnahme des Verfahrens verlangen kann, obschon andrerseits nicht zu verkennen ist, daß die Würde und das Ansehen der Justiz nichts gewinnen würde, wenn die durch das Criminalurthel unabänderlich festgestellt und als Grund einer Strafzufügung angenommene Thatsache wieder zum Gegenstand eines Civilbeweises gemacht werden und also der Fall eintreten könnte, daß nachträglich der Civil-

richter den in der Criminalsache gelieferten Beweis für elidirt erachtete, das Daseyn oder die Urheberschaft der Handlung nicht für erwiesen erklärte, den Beklagten von der Verpflichtung zum Schadensersatze entbände und doch der Criminalbeweis in der Strafsache in der früheren, vollsten Wirksamkeit bliebe. — Dabei drängt sich noch eine andere Frage auf: Kann der Verurtheilte seinen Gegenbeweis auch auf solche Thatsachen — wenigstens in Verbindung mit andern Thatsachen — stützen, welche bereits dem Criminalrichter vorgelegen haben, von diesem aber ausdrücklich oder (durch die Verurtheilung) stillschweigend für unerheblich erklärt worden sind? Wie einerseits, wenn man einmal den Gegenbeweis im Civilverfahren gestatten wollte, die Verneinung dieser Frage zu einer schwerfälligen Beschränkung des Beweisführers sowohl als des Richters führen würde, so sind *andrerseits* doch die Inconvenienzen nicht zu verkennen, welche mit einer solchen Revision des Criminalbeweises durch den Civilrichter nothwendig verbunden sind. Dazu kommt, daß das Urtheil des Criminalrichters auf Grund einer mündlichen, von ihm unmittelbar gepflogenen Verhandlung gefällt wurde. Alle die Gründe, welche gegen die Appellabilität der bei solcher Verhandlung gefällten Erkenntnisse angeführt werden, sprechen, noch in erhöhter Maße, gegen diese Appellation von dem Ausspruche des Criminalrichters an den des Civilrichters.

Es ist zuzugeben, daß das Criminalurthel nicht als eine zwischen dem Beschädigten und dem Bezüchtigten ergangene Entscheidung anzusehen ist und daher durch dasselbe keine rechtskräftige Norm für die Civilsache gewonnen wird. Diesen Satz der Theorie müssen wir zugestehen. Allein es handelt sich hier um eine Vermittlung dieses Satzes mit der praktischen Nothwendigkeit, die Entscheidung des Criminalrichters wenigstens

in soweit aufrecht zu halten, als sie das Daseyn und die Urheberschaft der Handlung betrifft, und darum, vom legislatorischen Standpunkte aus, die Inconvenienzen abzuschneiden, welche aus jenem Satze in den hierher gehörigen Fällen entstehen. Bei den in den vorstehenden §§. vorgeschlagenen Bestimmungen würde, wie bemerkt, eine Benachtheiligung des Beschädigten nicht zu besorgen seyn, wenn man nicht sie darin finden will, daß der Civilproceß ihm möglicherweise die Mittel gewährt haben würde, die gerechte Forderung des Klägers zu beseitigen.

§. 10.

Die Verurtheilung des Beschädigers in den geforderten Schadensersatz ist nur ein Anhang der Verurtheilung in der Hauptsache. Wo diese nicht ausgesprochen wird, kann auch von jener nicht die Rede seyn. Beide stehen und fallen mit einander. Ob die Freisprechung in der Criminalsache wegen mangelnden Beweises oder aus andern Gründen erfolgte, ist hierbei gleichgiltig. Wird daher z. B. der Bezüchtigte losgesprochen, weil zwar die That und ihre Urheberschaft gegen ihn bewiesen worden, andrerseits jedoch die That für an sich nicht strafbar oder verjährt zu achten, so kann, wenngleich in diesen Fällen die Ersatzpflicht des Bezüchtigten immer noch in Frage kommen kann, der Strafrichter eine Verurtheilung in Ersatz der Schäden nicht aussprechen. In Fällen dieser Art würde der Grundsatz des französischen Rechts „Le criminel emporte le civil" noch immer für den Beschädigten sehr erhebliche Vortheile gewähren. Weiter versteht sich von selbst, daß die Verurtheilung in der Criminalsache genau auch diejenige Handlung betreffen muß, in Folge deren die Schäden entstanden seyn sollen, was bei gemischten (verurtheilenden und theil-

weise lossprechenden) Erkenntnissen von Wichtigkeit werden kann.

Für eine bedenkliche Erweiterung der Competenz des Strafrichters muß es der Verfasser erachten, wenn man dem Beschädigten gestatten will, seine Ansprüche gegen die nur civilrechtlich verantwortlichen Personen gleichfalls in dem Criminalverfahren geltend zu machen, obschon sie von dem Strafgesetze nicht betroffen werden. Hier ist jene Identität des Bezüchtigten und des Beklagten nicht vorhanden, welche neben der materiellen Connexität der Ansprüche die Competenz des Strafrichters begründet. Sie sind seiner Jurisdiction durch jenes civilrechtliche Verhältniß nicht untergeben worden. Man macht sie zu Angeklagten, obgleich sie nichts Strafbares begangen haben. Ueberdies wird jenes civilrechtliche Verhältniß oft nur durch die Pflicht der Aufsicht über andre Personen begründet, und es beruht daher die Ersatzverpflichtung nur auf der Unterlassung jener Aufsichtspflicht. Die Frage, ob eine solche Unterlassung vorliege, ist nur und ausschließlich nach civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen, und die einschlagenden Thatsachen werden zumeist auf die Feststellung des Thatbestands des Verbrechens wenig oder gar keinen Einfluß äußern, so daß ihr Herüberziehen in die Untersuchung nur störend und hemmend für diese seyn kann. Dagegen bestimmt unter Anderm die Badische Straf-P. O. §. 334: „Der Beschädigte kann seine Anträge wegen Entschädigung nicht nur gegen den Angeschuldigten als Urheber der Beschädigung, sondern auch gegen diejenigen richten, die nach bürgerlichen Gesetzen für denselben verantwortlich sind. Die Letzteren werden alsdann über diese Anträge in der Untersuchung vernommen und sofort zur Schlußverhandlung mit vorgeladen."

§. 11.

Der Strafrichter hat, wenn die für die Schädenfrage erheblichen Thatumstände am Schlusse der Verhandlung nicht genügend aufgeklärt worden sind oder die rechtliche Beurtheilung der Schädenansprüche besondere Schwierigkeiten darbietet, welche die sofortige Aburtheilung bedenklich erscheinen lassen, den Beschädigten mit seinen Anträgen abzuweisen. Diese Abweisung ist nur eine Wegweisung aus dem Strafverfahren und eine Verweisung an den Civilrichter. Eine Lossprechung des Bezüchtigten in Betreff dieser Ansprüche ist dem Strafrichter niemals gestattet.

Die Competenz des Strafrichters in Betreff dieser Ansprüche ist mit der Fällung des Straferkenntnisses beendigt und kann die letztere nicht überdauern. Ist die Aburtheilung der Ansprüche auf Grund der strafprocessualischen Verhandlungen nicht zu bewirken, so fällt das Motiv, aus welchem dem Beschädigten der Anschluß gestattet wurde, von selbst hinweg. Man mag dagegen nicht einhalten, daß der Strafrichter, sey es aus Bequemlichkeit oder Aengstlichkeit, oder aus der Scheu, sich mit den, seiner Competenz an sich fremden Gegenständen zu befassen, in der Regel seine Zuflucht zu einer Abweisung nehmen und dadurch die Absicht des Gesetzes vereiteln werde. Die Erfahrung in anderen Ländern lehrt das Gegentheil.

Der Verfasser kann daher die Bestimmung der Badischen Straf-P. O. §. 335 nicht billigen, nach welcher in Fällen dieser Art das Urtheil über den Strafpunkt vorerst allein und sodann später das Urtheil über die Entschädigung sowohl gegen den Angeschuldigten, als gegen den Dritten, gegen welchen der Antrag gestellt worden ist, von dem nämlichen Gerichte erlassen werden soll.

Bei dieser Bestimmung nöthigt man den Strafrichter, auf Unterlagen, die selbst nicht für ausreichend erachtet und zu deren Ergänzung er kein Mittel in den Händen hat, ein Erkenntniß über civilrechtliche Ansprüche zu fällen. Das Gesetz selbst setzt den Fall voraus, daß „die für die Entschädigung erheblichen Thatumstände am Schlusse der Verhandlung nicht genügend aufgeklärt sind oder bezüglich in der Schlußverhandlung nicht genügend ermittelt werden konnten.“ Will man dem Strafrichter die spätere Ergänzung gestatten, so könnte dieselbe, streng genommen, nur nach den Regeln des Strafprocesses erfolgen, da sie eben nur eine Ergänzung des beendigten Strafverfahrens seyn soll. Hierin würde eine große Benachtheiligung des Bezüchtigten liegen, welcher verlangen kann, daß, wenn die Ergebnisse der Untersuchung zu seiner Verurtheilung nicht hinreichen, dieselbe nicht zu diesem Behufe noch besonders wieder aufgenommen, vielmehr solchenfalls das Verfahren beobachtet werde, welches die Gesetze als die Regel bei Verfolgung derartiger Ansprüche vorschreiben. Wie will man es z. B. in Fällen dieser Art rechtfertigen, dem Bezüchtigten den Gebrauch des Eidesantrags, die Einreichung von Fragestücken &c. gegen den Beweis des Beschädigten sowohl als zum Beweise vorgebrachter Exceptionen abzuschneiden? [19]) Weiter ist auf die Fälle hinzuweisen, in denen die einschla-

19) Die Badische Straf-P. O. §. 336 bestimmt: „Behauptete der Angeschuldigte eine aus Gründen des bürgerlichen Rechts eingetretene Erlöschung der Entschädigungsansprüche, so wird, wenn der Beschädigte der Erlöschung widerspricht, vom Strafrichter ohne Rücksicht auf jene Behauptung über die Entschädigungsansprüche erkannt, dem Angeschuldigten jedoch, sofern er hierbei unterliegt, die Geltendmachung seiner Behauptung vor dem bürgerlichen Gerichte vorbehalten. In diesem Falle kann die einstweilige Vollziehung des Erkenntnisses über die Entschädigung nur gegen Sicherheitsleistung Statt finden.“

genden Rechtsfragen, insbesondere über den Umfang der Ersatzpflicht, besondere Schwierigkeiten darbieten und daher eine gründliche und regelrechte Erörterung im civilrechtlichen Verfahren erheischen.

Die criminalrechtliche Verschuldung erzeugt noch nicht nothwendig eine unbedingte Haftungspflicht für die entstandenen Schäden; bei den letzteren, wenigstens bei der Ausdehnung derselben, wirken oft andere Umstände mit, deren Vertretung nicht allemal dem Urheber der Verletzung angesonnen werden kann, ja deren Verschuldung nicht selten den Beschädigten selbst trifft. Man kann daher nicht von der Annahme ausgehen, als ob mit dem Beweise der Verübung der That nun auch kein Zweifel über die Haftungspflicht wegen der Schäden übrig bleiben könne. Man kennt übrigens die Schädenrechnungen, welche bisweilen *aufgestellt* werden und bei denen jede einzelne Post eine sorgfältige Prüfung erheischt, ob sie in der That mit der Verletzung selbst in ursachlichem Zusammenhange stehen. Diese Prüfung kann in dem Strafverfahren nicht bewirkt werden und ihre Vornahme in demselben ist eine Benachtheiligung einer oder der andern Partei. Die übrigen Gesetzgebungen haben die Bestimmung der Badischen Straf-P. O. nicht adoptirt.

§. 12.

Die Entscheidung des Strafrichters kann von dem Beschädigten nicht angefochten werden. Denn entweder entspricht sie seinen Anträgen, oder sie enthält eine völlige oder theilweise Abweisung. In den Fällen der Abweisung kann ein Rechtsmittel nicht gestattet werden [20]). Der

---

20) Die Badische Straf-PO. §. 339 verweigert das Rechtsmittel nur dann, wenn der Beschädigte in Folge der Freisprechung des Angeklagten wegen Mangels an Beweis mit seinen Ansprüchen an den Civilrichter verwiesen worden ist.

Strafrichter kann nicht genöthigt werden, wider seine Ueberzeugung eine Sache für spruchreif zu erklären und in derselben ein Erkenntniß abzufassen; und zwar um so weniger, als ihm — nach erklärter Abweisung und nach Beendigung des Verfahrens — kein Mittel zu Gebote steht, die Untersuchung wieder aufzunehmen und zu dem gedachten Behufe zu vervollständigen. Dazu kommt, daß der Oberrichter, bei dem Mangel genauer Kenntniß von der unmittelbaren Verhandlung vor dem Strafrichter, nicht füglich über die Vollständigkeit der Ergebnisse derselben Behufs der Aburtheilung der Civil-Ansprüche cognosciren kann.

Eine andre Frage ist, ob dem **Beschädigten** die Nichtigkeitsbeschwerde zu gestatten sey. Diese Frage ist zu bejahen. Die Beschwerde kann sich theils auf Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten, theils auf die Behauptung, daß das Gesetz irrig ausgelegt und angewendet worden sey, stützen. Die Verletzung der Form wird wohl nur bei dem Urtheilsspruche selbst vorkommen, da, wenigstens nach den obigen Vorschlägen, dem Beschädigten Anträge auf Vornahme selbstständiger Untersuchungshandlungen rc. nicht gestattet sind. Die Cassation des Erkenntnisses würde nur eine neue Aburtheilung, nicht auch eine neue Verhandlung nach sich ziehen und also wenig Bedenkliches haben. Allein eine andre Frage ist es, wenn die Verhandlung selbst an einer Formverletzung leiden sollte, die nur die Verfolgung der Schädenansprüche betrifft (z. B. der Beschädigte ist, obschon er seine Anträge gestellt hatte, zur Hauptverhandlung nicht vorgeladen worden); will man hier, im Falle der Cassation, die strafrechtliche Verhandlung nur zu dem Zwecke einer Aburtheilung der Civilsache wiederholen? — Eine solche Wiederholung würde sich schwerlich rechtfertigen lassen. Sie würde überdies eine ungerechtfertigte Härte gegen den Bezüchtigten ent-

halten. Vielmehr scheint es in diesen Fällen nothwendig, unter Aufhebung der Entscheidung des Strafrichters, den Beschädigten lediglich an den Civilrichter zu verweisen.

Dem Verurtheilten werden gegen das Erkenntniß die im Uebrigen gestatteten Rechtsmittel nachzulassen seyn. Nach der Ansicht des Verfassers ist es mit der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung nicht verträglich, dem Verurtheilten das Rechtsmittel der Appellation einzuräumen. Aus denselben Gründen wird ihm auch die Appellation gegen die Entscheidung über die Ersatzfrage zu versagen, wohl aber die Nichtigkeitsbeschwerde einzuräumen seyn. Dieselbe kann wegen Formverletzung (z. B. Versagung des Gehörs gegen die Ansprüche), sowie wegen unrichtigen Urtheils (z. B. weil über die Anträge des Beschädigten hinaus erkannt oder diesem ein Erfüllungseid nachgelassen, oder sonst das jus in thesi verletzt worden ist) erhoben werden. Kommt es zu einer Cassation des Verfahrens, so wird hier ebenso, wie bei der Cassation auf Antrag des Beschädigten, der letztere zur Ausführung seiner Ansprüche an das Civilgericht verwiesen, keineswegs das Strafverfahren wiederholt werden. Wird nur das Erkenntniß cassirt, so hat das Spruchgericht anderweit in der Sache zu entscheiden. Hatte es — gesetzwidrig — auf einen Legaleid erkannt, so wird es nunmehr, da es durch dieses Erkenntniß bereits die Ergebnisse des Strafverfahrens für nicht zureichend zur Verurtheilung des Beklagten erklärt hatte, den Beschädigten an das Civilgericht verweisen.

Es ist bisher von den, ausschließlich gegen die Entscheidung über den Civilpunkt gerichteten Rechtsmitteln die Rede gewesen. Allein auch die gegen das Strafurthel gerichteten Rechtsmittel können auf jene Entscheidung zurückwirken. Dieselbe ist ein Theil des Strafurthels selbst. Wird das Strafurthel cassirt, weil es von einem unzu-

ständigen Gerichte erlassen oder der Strafantrag von einem Unberechtigten gestellt oder eine wesentliche Form des Verfahrens verletzt worden ist, so kann die gleichzeitige, von Amtswegen auszusprechende Aufhebung der Entscheidung über den Civilpunkt keinem Zweifel unterliegen. Die neue Verhandlung erstreckt sich sodann gleichfalls über die Civilansprüche, dafern es der Beschädigte beantragt. Eine gleiche Aufhebung muß eintreten, wenn die That, wegen deren der Bezüchtigte verurtheilt worden ist, von dem Cassationshofe für eine straflose erklärt wird. Wird das Urthel wegen eines Formfehlers bei seiner Berathung oder Eröffnung cassirt, so fällt gleichfalls ipso jure der Theil desselben, welcher auf die Schädenansprüche sich bezieht. Wird jedoch das Urthel deshalb cassirt, weil die erwiesene That nicht unter das im Strafurthel angewendete Gesetz, sondern unter ein anderes Strafgesetz zu stellen sey, so kann diese Cassation auf die Entscheidung über den Civil-Passus nicht zurückwirken, weil die Subsumtion der That unter das eine oder unter das andre Strafgesetz weder die formelle Richtigkeit des Verfahrens, noch die Beweisaufnahme, noch die Zuständigkeit des Gerichts rc. berührt, vielmehr für die Ersatzpflicht, sowohl in ihrer Existenz überhaupt, als in ihrem Umfange insbesondere, ohne Einfluß ist. Man kann daher den Satz aufstellen, daß die Cassation des Erkenntnisses in der Strafsache auch die Nichtigkeit des auf die Schädenansprüche bezüglichen Theiles desselben bewirke, ausgenommen, wenn die Cassation des Erkenntnisses wegen falscher Subsumtion unter das Gesetz, jedoch ohne den Ausspruch der Straflosigkeit, erfolgte.

Nach gleichen Grundsätzen wird bei der Wiederaufnahme des Strafverfahrens die Frage über das fernere Bestehen des Civil-Passus des Erkenntnisses zu beantworten seyn.

§. 13.

Die Execution des Erkenntnisses über den Civil-Passus gehört vor den Civilrichter. Die Adhäsion der Vollstreckung des Criminalurthels kann bei der verschiedenen Richtung und Art beider Executionsformen nicht gestattet werden. Es handelt sich hierbei um Maßnahmen gegen das Vermögen des Bezüchtigten, um Hilfsvollstreckungen, Veräußerungsverbote rc., deren Charakter recht eigentlich auf den Civilrichter hinweist. Ohnedies müssen solche Verfügungen einem und demselben Gerichte überlassen werden, da sonst leicht Verwirrungen und Unordnungen entstehen würden.

Endlich ist zu bemerken, daß durch Einführung des Adhäsionsprocesses die Pflicht des Strafrichters zur Rückgabe der gestohlnen Sachen an den Bestohlnen (gleichviel ob dieser sich angeschlossen hat oder nicht) nicht aufgehoben wird.

XVII.

Beiträge zur Lehre von der Anstiftung zum Verbrechen.

Von

Herrn Dr. F. Roßhirt,
Großh. Bad. Hofgerichtsassessor zu Mannheim.

Eine wichtige und schwierige Frage des Strafrechts ist die, in welcher Weise der Anstifter zum Verbrechen hinsichtlich seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit in dem Falle zu behandeln sey, in welchem der Anstiftung entweder gar kein strafbarer Erfolg, oder doch wenigstens nicht die vom Anstifter beabsichtigte That in ihrer Vollendung zur Seite tritt. Der Beantwortung dieser Frage soll der vorliegende Aufsatz gewidmet seyn, nachdem es dem Verfasser desselben vergönnt war, bereits an einem andern Orte dieser Zeitschrift [1]) seine Ansichten über die strafrechtliche Haftbarkeit des Anstifters im Allgemeinen darzulegen. Wie schon dort bemerkt wurde, war der Ver-

---

1) Jahrgang 1851. St. IV. Nr. 22. S. 498—553. Da sich in den Abdruck des so eben gedachten Aufsatzes mehrere sinnstörende Druckfehler eingeschlichen haben, so folgt an geeigneter Stelle dieses Hefts die Verbesserung derselben.

sser bei der früheren Arbeit, (um jegliche Verwickelung vermeiden) von der Unterstellung des Zusammentreffens r Anstiftung mit einer vollendeten That ausgegangen. n die jetzt vorliegende Frage gründlich zu prüfen, ist es thig, vor Allem den gerade entgegengesetzten Fall, nem- den, in welchem der Anstiftung noch gar kein straf- rer Erfolg gegenübersteht, ins Auge zu fassen, und zu wägen, ob schon die bloße Anstiftung der Strafe unter- rfen werden könne.

Zur Einleitung der Erörterung über diese und die hieran knüpfenden Fragen möge hier die Bemerkung en Platz finden, daß Wissenschaft und Praxis früher stets bemüht waren, diese Frage vom Standpunkte r Grundsätze über den Versuch zur verbrecherischen That bst zu lösen, und im Gefolge dieser Anschauungsweise der Anstiftung stets nur den ersten Versuch zur That iden; daß man aber später, indem man sich zu dem gegengesetzten Extreme wendete, in der Anstiftung selbst on ein eignes Verbrechen finden zu müssen ubte, und daraufhin von versuchter und vollen- ter Anstiftung gerade, wie von der versuchten und von vollendeten That sprach, ohne jedoch (was nicht zu ersehen ist) die Theorie, der man durch den Gebrauch cher Ausdrücke huldigte, mit allen ihren Consequenzen zustellen und zu entwickeln. Letzteres ist nun erst in uester Zeit von Hepp [1]) geschehen, keineswegs aber, um erwähnten Theorie den Sieg auf dem Boden des po- ven Rechts zu verschaffen, sondern vielmehr um darzu- llen, in welchem Gegensatze sich diese, auf dem Gebiete s philosophischen Rechtes allerdings denkbare Theorie zu n Grundsätzen unseres positiven Rechtes befinde. Nach iner Ansicht ist dem genannten Gelehrten nicht nur diese

1) Archiv 1848. S. 263—308.

Darstellung in vollem Maaße gelungen, sondern es hat derselbe, wie wir glauben, auch ein besonderes Verdienst sich dadurch erworben, daß er zeigte, wie verderblich eine Amalgamirung der in fraglicher Beziehung denkbaren verschiedenen Anschauungsweisen auf dem Gebiete der Auslegung des positiven Rechtes sey. Hiezu war die Aufstellung des Gegensatzes der möglichen Standpunkte in seiner ganzen Ausdehnung unumgänglich nothwendig, indem nur hierdurch die rechtliche Unzulässigkeit jener Amalgamirung ganz klar zu Tag kommen konnte. Auch wir können, ohne dem Zwecke dieser Zeilen Eintrag zu thun, nicht umhin, wenigstens einen kurzen Blick auf die Verschiedenheit der möglichen Standpunkte zu werfen, von welchen bei Beantwortung unserer Frage ausgegangen werden kann, und zwischen denen eine neue Gesetzgebung zu wählen haben wird.

Man kann sagen, die Anstiftung sey ein selbständiges Verbrechen, indem sich durch sie, mag sie nun als versucht, oder in der Art als gelungen erscheinen, daß sich der Anzustiftende in der That determiniren ließ, jemals der verbrecherische Wille genügend objectivirt zeige. Folge dieser Anschauungsweise würde seyn, daß die Strafbarkeit des Anstifters von der des Thäters ganz unabhängig gestellt würde, daß dann aber auch, falls nicht etwa gar die versuchte oder vollendete Anstiftung in der Strafe dem versuchten oder vollendeten Verbrechen gleichgestellt werden wollte (was sich jedoch mit dem objectiven Gesichtspunkte des Deutschen Rechts niemals vereinigen ließe), für die Anstiftung in ihren verschiedenen Stufen verschiedene Strafbestimmungen erlassen werden müßten. Es ist nemlich klar, daß nach dieser Theorie mit den von der Wissenschaft und Praxis des gemeinen Deutschen Rechts, sowie einer Reihe von Gesetzgebungen angenommenen Strafbarkeitsstufen nicht mehr auszureichen wäre. Während man jetzt nur einen entfernten

und nahen Versuch des Verbrechens annimmt, würde man nach fraglicher Ansicht Strafsätze für den Versuch der Anstiftung, für den Versuch des Verbrechens, für die Vollendung der Anstiftung und für die Vollendung des Verbrechens haben müssen. Wenn man auch den Gedanken aufgeben wollte, von versuchter und vollendeter Anstiftung zu sprechen, und diese Vergehensarten unter den Versuch des Verbrechens subsumiren wollte; so wäre damit immer nur den Worten nach ein Resultat gewonnen, der Sache nach bliebe doch immer das viergliedrige Strafbarkeitsverhältniß stehen. Es würde bei Verfolgung dieses Standpunkts auch die Frage entstehen, ob, falls der Angestiftete auf dem Wege des Verbrechens thätlich vorschreitet, die von diesem verwirkte Strafe auch auf den Anstifter auszudehnen wäre, mithin eine Concurrenz der Strafen der That und der Anstiftung in der Person des Anstifters einzutreten hätte, oder ob die Strafbarkeit des letztern als ganz unabhängig von der der That zu betrachten sey, so daß die Strafbarkeit des Anstifters unberührt bliebe, möchte nun der Thäter nichts, wenig, viel oder alles zur Verübung der That gethan haben. Andrerseits kann man sagen, die Anstiftung sey strafrechtlich nur vom Standpunkte der That aus zu betrachten, Thäter und Anstifter seyen der That gegenüber nur Eine Person, die intellectuelle Kraft des Anstifters, vermöge deren er auf den Thäter wirke, bewege sich lediglich auf dem Boden der Gedankenwelt, und es beginne, wenn man auch nicht verkenne, daß das einmal eingetretene Verhältniß zwischen Anstifter und Thäter gefährlich werden könne, doch dessen criminelle Strafbarkeit erst mit dem Augenblicke, als es durch ein äußerlich erkennbares Werk hervortrete. Vermittelnd tritt beiden Theorieen die gewöhnlich auf dem Gebiete des positiven gemeinen Deutschen Rechts adoptirte Meinung gegenüber, wonach

Anstifter und Thäter ganz gleich zu beurtheilen sind, wenn einmal irgend eine strafbare Thätigkeit des letztern begonnen hat, daß aber, so lange dies nicht der Fall ist, der Anstifter nach den allgemeinen Grundsätzen über den Versuch zum Verbrechen als strafbar erscheinen müsse, weil sein, auf Vollbringung des Verbrechens gerichteter böser Wille in äußerlich erkennbarer Weise hervorgetreten sey.

Sehen wir nun bei diesem Widerstreite der nach allgemeinen Rechtsbegriffen möglichen Ansichten, was die positiven Rechte, was namentlich die Quellen des gemeinen Deutschen Rechtes verordnen [3]).

Was das Römische Recht betrifft, so erscheint die gründliche Ausführung Zachariä's vom Versuche II. §. 194—201 als so entscheidend, daß wir keinen Anstand nehmen, sie dem Folgenden zu Grunde zu legen. Das Ergebniß dieser Ausführung geht dahin, *daß das* Römische Recht in der Regel keinerlei Art der Anstiftung blos wegen der stattgehabten intellectuellen Einwirkung auf einen Andern strafe, sondern eine Strafbarkeit der Anstiftung erst dann eintreten lasse, wenn eine in den Gesetzen bedrohte That vom Angestifteten wirklich begangen worden. Alle Römischen Gesetzesstellen, welche von der Anstiftung handeln [4]), betrachten diese immer nur vom Gesichtspunkte der That aus und gehen ihrem Hauptzwecke nach dahin, festzusetzen, daß nicht nur der Thäter, sondern auch der Anstifter bestraft werden müsse. Man durchlese diese Stellen noch so genau, man prüfe sie im Vergleiche zu den Stellen, mit welchen sie im Zusammenhange

3) Vgl. Mittermaier im Archiv I. S. 178 und Note 4 zu Feuerbach g. R. §. 46. Hepp im Arch. 1836. S. 46; 1848. S. 303. Luden vom Versuche S. 293—298. Zachariä v. Versuche I. §. 38; II. §§. 165. 184, und im Archiv 1850. S. 279—286. Köstlin Revision S. 534—[illegible] Berner von der Theilnahme S. 274. 308.

4) S. den oben (Note 1) angeführten Aufsatz.

stehen; nirgends wird man einen sichern Anhaltpunkt für die Ansicht finden, daß darin die Anstiftung ohne Rücksicht auf die That habe für strafbar erklärt werden wollen. — Bekanntlich vermißt man im Römischen Rechte allgemeine Strafgesetze über Versuch, es sind vielmehr immer nur einzelne Versuchshandlungen in den einzelnen leges mit Strafe bedroht. Es wäre nun aber gewiß sehr natürlich gewesen, daß, wenn man hätte die Anstiftung an und für sich der Strafe unterwerfen wollen, dies in ähnlicher Weise, wie bei den Versuchshandlungen, gesagt worden wäre. Die lex Cornelia de sicariis unterwarf, um ein bekanntes Beispiel zu benutzen, denjenigen, welcher der Tödtung eines Menschen halber mit einer Waffe umherging[5]), ihrer Strafe. Wäre es nun nicht sehr nahe gelegen gewesen, zu sagen, auch der, welcher einen Andern zum Morde eines Dritten zu bestimmen suche, unterliege der Strafe, wenn man die Anstiftung absolut hätte bestrafen wollen? Hätte nicht auf der andern Seite ein solcher Ausspruch geschehen müssen, um die Strafbarkeit der Anstiftung an und für sich zu begründen, da doch sonst im Allgemeinen an Sätzen, wie denen der l. 7. §. 3. D. ad leg. Jul maj. (48. 4)[6]) und der l. 17. Cod. ad leg. Jul. de adult. (9. 9)[7]) festgehalten wurde? Ja, es läßt sich für die Straflosigkeit der bloßen Anstiftung mit gutem Rechte der Satz der l. 18. D. de poen. (48. 18) „Cogitationis poenam nemo patitur" anführen. Bewegt sich denn nicht in der That die Unterredung zweier Menschen über ein künftiges Verbrechen in dem Reiche der Gedanken? Kann man dem (wenngleich ganz allgemeinen) Rai-

5) L. 1. D. ad l. Corn. de sic. 48. 8.

6) parcendum est, si non tale sit delictum, quod ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est.

7) — is enim committit in poenam, quem lex certo capite denunciat.

sonnement, es sey gefährlicher, einem Andern einen verbrecherischen Gedanken einzupflanzen, als ihn selbst zu hegen, weil der Mensch sein eignes Ich in der Gewalt habe, über eine fremde Individualität aber nicht Herr sey, vom strafrechtlichen Standpunkte eine wahre Seite abgewinnen? Es läßt sich, wie wir glauben, jenes Raisonnement nur aus dem polizeilichen Standpunkte einer ausgedehnten Präventionstheorie aufrecht erhalten. Natürlich müssen wir hier sogleich bemerken, daß der Gedanke, welcher uns als Regel leitet, keineswegs ausnahmelos dasteht. — Abgesehen von diesen allgemeinen Resultaten stehen unserer Ansicht nach specielle Beweise unterstützend zur Seite. Was nemlich vorerst die Privatdelicte betrifft, so haben wir Gesetzesstellen, welche geradezu sagen, daß die Anstiftung ohne nachgefolgte That straflos sey. L. 52. §. 19. D. de furt. (47. 2): „Hoc enim jure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat; quare et opem ferre vel consilium dare tunc nocet, cum secuta contrectatio est." In allgemeinerer Form, freilich mit Beziehung auf das furtum, ist in der l. 53. §. 2. D. de V. S. (50. 16) gesagt: „Nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit." Nicht unbemerkenswerth ist auch, daß in der speciellen Lehre vom Diebstahle der Satz, der l. 18. D. de poen. in der Weise wiederholt ist, daß die l. 1. §. 1. D. de furtis ausspricht: „Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem." Der Zusammenhang des Princips cogitationis poenam nemo patitur mit dem auf die Anstiftung sich beziehenden Satze der l. 53. §. 2. D. cit. ist nicht zu verkennen. Ebenso deutlich, wie beim Diebstahle sprechen sich die Gesetze bezüglich der Injurie aus. So sagt die l. 15. §. 10. D. de injur. et fam. lib. (47. 10.) ausdrücklich: „Si curaverit quis convicium alicui fieri, non tamen factum sit, non tenebitur." Sollte man geneigt seyn zu glauben, daß sich

erartige Aussprüche nur bezüglich der Privatdelicte der igenthümlichen privatrechtlichen Natur derselben halber uffinden ließen; so läßt sich dem entgegenhalten, daß ie Ausdrucksweise, deren sich die von öffentlichen Verbrechen sprechenden Römischen Stellen bedienen, kei- en Zweifel darüber lasse, daß zur Strafbarkeit der An- iftung immer die begangene That vorausgesetzt wurde[8])[9]).

---

8) L. 1 pr. ad l. Corn. de sic. „operam *dedisset*", l. 3. §. 4. eod. „confitenda *curaverit.*" — L. 9. §. 3. D. de leg. Corn. de fals. (48. 10) „signarive *curaverit.*" — L. 12. D. ad l. Jul. de adult. (48. 5) „ad eum, qui *suasit.*" S. noch l. 6 pr. D. ad l. Corn. de fals. (48. 10) „caeterum si non signatum fuerit, magis est, ut SC. locus non sit."

9) Wenn man die Stellen prüft, welche Luden vom Versuche S. 293—298 für die Ansicht anführt, daß die Anstiftung *nach R. R.* schon dann gestraft werde, wenn sich der *Anzu- stiftende* bereitwillig gezeigt habe, auf die Anstiftung einzu- gehen, so vermißt man wenigstens jeden Anhaltpunkt für das angebliche Criterium der Strafbarkeit, und es fällt an- dererseits überhaupt schwer, einzusehen, wie die fraglichen Stellen auf eine Anstiftung ohne That bezogen werden kön- nen. Ein Theil dieser Stellen ist der Lehre von den Privat- delicten entnommen — l. 50. §. 2. D. de furt. (47. 2), l. 11. §. 6. D. de inj. (47. 10), l. 1. §. 13. D. de vi (43. 16) — und es würden dieselben, wollte man sie auslegen, wie Luden will, den oben angeführten, von der Anstiftung zu Privatdelicten redenden Stellen augenscheinlich auf eine nicht zu beseitigende Weise widersprechen. In einem andern Theile — l. 3. §. 8. D. de incend. (47. 9) „suppressi per vim *fuissent*", l. 1. D. de l. Pomp., de parr. (48. 9) „fac- tum erit" — ist ganz deutlich ausgesprochen, daß eine be- gangene That vorausgesetzt wird. Die l. 15. §. 1. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8) „mandator caedis pro homicida ha- betur" ist aus den Basiliken restituirt, und die griechische Ausdrucksweise läßt keinen Zweifel darüber, daß die Stelle keinen andern Sinn habe, als die übrigen oben aus dem Ti- tel ad leg. Corn. de sicar. angeführten Stellen. Die l. 1. §. 13. D. ad SCt. Turp. (48. 16) endlich kann deshalb nicht gegen unsre Ansicht benutzt werden, weil aus ihr keineswegs klar hervorgeht, daß sie nicht etwa eine bereits gestellte An- klage voraussetze, und weil, wollte man auch annehmen, daß das SCt. Turbillianum auch bloße Anstiftungen zu Anklagen „dando probationes, allegando accusationes" zu bestra- fen gedachte, dieser vereinzelte und gewissermaßen besondre

Was das ältere deutsche Recht betrifft, welches allerdings schon das Dingen eines Mörders beim Lohnmorde zu bestrafen scheint, so verweisen wir auf die gründliche Ausführung Luden's vom Vers. S. 360 — 366, da dieses Recht doch keinen Stoff zur unmittelbaren Anwendung bietet. Dagegen ist es für unsern Zweck nothwendig, einige Blicke auf die Schriften der italienischen Praktiker des Mittelalters zu werfen. Gandinus [10]) erörtert in seinem bekannten Werke die Frage, ob der Mandant bestraft werden könne, wenn der Mandatar das Verbrechen nicht verübt habe, und glaubt dieselbe verneinen zu müssen, indem er sich auf die oben erwähnten l. 18. D. de poen. und l. 53. §. 2. D. de V. S. beruft. Indessen

Fall immer noch kein Princip schaffen könnte, vielmehr als Ausnahmsfall lediglich zur Bestärkung der Regel dienen müßte. Nicht glücklicher ist, wie uns scheint, Luden, wenn er sich auf die bei dem Verbrechen der Bestechung geltenden Grundsätze beruft, indem er übersieht, daß diese wiederum einen ganz speciellen Fall betreffen und keiner Ausdehnung fähig sind, und zwar letzteres um so weniger, als gerade die besondre Natur dieses Verbrechens nothwendig auf die fragliche Ausnahmsbestimmung führt. Die l. 1. D. de extraord. crimin. (47. 11) kann durchaus nicht entscheidend werden, denn die sollicitatores ahenarum nuptiarum und matrimoniorum interpellatores, welche, etsi effectu sceleris potiri non possunt, doch extra ordinem gestraft werden sollen, werden, wie Zachariä vom Versuche I. S. 151 — 153 trefflich nachgewiesen hat, lediglich aus dem Gesichtspunkte der durch sie selbst vollendeten Injurie gestraft (vgl. l. 15. §. 15—25. D. de inj. Gaj. III. 220. §. 1. Inst. de inj.), und überdies konnte ja bezüglich ihrer immerhin nur die versuchte That des Ehebruchs, welche hier mit besondrer Strafe belegt wäre, niemals aber die bloße Anstiftung als strafbar angesehen werden. Die endlich der l. 4. §. 1. D. ad l. Jul. maj. (48. 4) entnommenen Worte: qui milites sollicitaverit etc., begründen nebst andern Stellen in der That die bezüglich des Majestätsverbrechens vom Römischen Rechte statuirte Ausnahme von dem Grundsatze der Straflosigkeit der bloßen Anstiftung.

10) Alberto de Gandino libellus super maleficiis. Venet. 1524. Rubr. de poen. reor. Nr. 9. 12.

glaubt er nicht, daß ein Richter unrecht thun werde, wenn er in einem solchen Falle extra ordinem strafe, sofern ein maximum delictum vorliege, wie das homicidium. Liege dagegen, sagt er weiter, ein leichtes Verbrechen vor, so bleibe der Mandant straflos [11]). Man sieht hieraus deutlich, daß Gandinus in keiner Weise im Römischen Rechte die Strafbarkeit des bloßen Mandates finden konnte, und sich deshalb, um dem im Mittelalter in Italien so gebräuchlichen Morddingen schon von Anfang an mit Strafe begegnen zu können, auf das weite Feld der Bestrafung extra ordinem begiebt, indem er noch die für seine Ausscheidung des delictum maximum ganz unpassende Analogie des stellionatus beizieht. Mit dieser Ansicht war aber die Bahn für die Zukunft gebrochen.

Bartolus [12]) unterscheidet wieder für den Fall der Nichtverübung des aufgetragenen Verbrechens, ob dasselbe ein schweres oder leichtes gewesen, und will Straflosigkeit für den letztern, außerordentliche Strafe für den erstern Fall.

Ebenso äußert sich Angelus Aretinus [13]), wobei Augustinus Ariminiensis [14]) in den additiones bemerkt, daß die fragliche Lehre der Legisten mit der der Canonisten nicht übereinstimme, da nach letzterern der Mandant, auch

11) De homicid. Nr. 11: „tamen non putarem delinquere judicem, sed bene agere, si in casu supposito vel simili puniret extra ordinem crimine stellionatus. Nam ubicunque dolus inest, nec poena est determinata, extraordinarie imponitur ut ibidem dicit Thomas — vel dic quod aut delictum est maximum ut homicidium et tunc puniar ego tanquam homicida ut l. 3. de extraord. crim. aut non est maximum, et tunc non per alia jura."

12) Bartolus a Saxoferrato opera omnia. Venetiis 1602. tom. VI. p. 129.

13) Tractatus de maleficiis. Venet. 15. 24. Rubr. Et Sempronio Rudolphi Nr. 7.

14) Augustinus Bonfranciscus de Ariminio.

wenn das Verbrechen nicht verübt werde, mit der ordentlichen belegt werden müsse, wie namentlich bei dem assassinium der Fall sey.

Aegidius Bossius erklärt[15]), daß nach den statuta und consuetudines Italiae der affectus homicidii *nisi* secuto effectu nicht gestraft werde, und daß, wenn ausnahmsweise irgendwo eine andre statutarische Bestimmung herrsche, der praetor oder princeps Strafmilderung eintreten zu lassen habe. Von diesen Grundsätzen nimmt er aber nicht nur das crimen majestatis (auf den Grund der l. 5. Cod. ad leg. Jul. maj.), sondern auch das assassinium und zwar im Hinblick auf l. 1. de homicid. in VI[to] aus, indem hiernach der mandans, etiam non secuto effectu, wie der der Thäter bestraft werden müsse. Auf das c. 1. cit. werden wir zurückkommen.

Jacobus Menochius[16]) bespricht *unsern Fall* in seiner Abhandlung vom Versuche bei dem assassinium, welches er dahin definirt, si quis cum altero pecunia promissâ vel datâ pactus est, ut aliquem occidat, und geht davon aus, daß hier auch der Versuch *bestraft* werde, wofür er das schon angeführte c. 1. de homic. in VI[to] citirt. Uebrigens statuirt er einen Unterschied zwischen dem assassinium proprium d. h. dem Falle, in welchem ein Christ einen Ungläubigen zum Morde eines Christen dinge und dem assassinium ex communi et statutorum significatione d. h. dem Falle, wo nicht gerade ein Ungläubiger gedungen wird. Bei jenen, *sagt* Menochius, müsse der Mandans und der Mandatar „etiam effectu *non* secuto" die poena ordinaria des

15) Tractatus varii. Venet. 1566. De homicid. Nr. 4. Vgl. auch den tit. de mand. ad homicid. Nr. 13 und den tit. de crim. laes. maj. Nr. 33.

16) De arbitrariis judicum quaestionibus et causis libri duo. Col. 1556. cas. 360. Nr. 39 sqq.

Mordes leiden, zumal da hier eigentlich ex ipsius *mandantis* latere ein delictum consummatum vorliege, cum per eum non steterit, quin homicidium committeretur. Bezüglich des uneigentlichen assassinium drückt er sich so aus: Assassinus — si ad actum occidendi devenerit et conatum omnem adhibuerit, ita ut per eum non steterit, quin occideret, poena ordinaria punitur. Idem dicendum est in ipso *mandante* homicidium data vel promissa pecunia, qui quidem eadem poena ordinaria punitur, si mandatarius ad actum homicidii proximum devenit. Si vero mandatarius non accessit ad actum proximum, mandans arbitrio judicis punitur. — Man könnte nicht nur bezüglich der Ansicht des Menochius, sondern auch bezüglich der der übrigen angeführten Schriftsteller zweifeln, ob sie denn auch von dem Falle sprechen, in welchem der Mandatar noch gar nichts zur Verübung des Verbrechens gethan hat; allein eine weitere Bemerkung des Menochius setzt uns hierüber in's Klare. Indem er nemlich das Verhältniß bespricht, welches sich zeige, wenn der Mandant den Mandatar anzustiften versuche, dieser aber darauf einzugehen sich weigere, sagt er, hier werde der Mandant allein bestraft, sed extra ordinem, judicis arbitrio, cum *conatus sit remotus ab ipso effectu*. Wir sehen also hier bereits die versuchte Anstiftung als Versuch zum Verbrechen aufgefaßt.

Prosper Farinacius [17]) stellt in Folge der angeführten l. 15. §. 10. D. de injur. (47. 10) den Satz auf, der Mandans könne wegen des bloßen Mandats nicht bestraft werden, bequemt sich aber dann im Hinblicke auf die gleichfalls schon erwähnte (hierher aber nicht passende) l. 1. D. de extraord. crim. (47. 11) zur Unterscheidung zwischen schwereren und leichteren Vergehen, indem er bei

---

17) Praxis et theoricae crim. libri duo. Pars II. qu. 124.

ersteren eine außerordentliche Strafe wegen des Auftrags eintreten läßt, bei letzteren dagegen nicht. Was den Mandatar betrifft, so will er diesen wegen bloßer Annahme des Mandats selbst bei schweren Verbrechen nicht bestraft wissen. Von allen diesen Regeln nimmt er aber wieder das assassinium aus, bei welchem nach besondern Bestimmungen das Mandat in der Person des Mandanten mit der ordentlichen Strafe und, sofern es angenommen worden, in der Person des Mandatar ebenso bestraft werde.

Was ist nun das Ergebniß dieses kurzen Blickes auf die erwähnten praktischen Schriftsteller? Einerseits finden wir die theoretische Anerkennung des Princips der Straflosigkeit der bloßen Anstiftung, andrerseits sehen wir die Juristen von dem praktischen Standpunkte aus auf jeglichem Wege nach einer gesetzlichen Grundlage für die Bestrafung der Anstiftung zu schwereren Verbrechen, namentlich zum Morde, um den es eigentlich allein zu thun zu seyn scheint, haschen. Als sich die Lehre vom Versuche allgemeiner auszubilden begann, kam man, was allerdings sehr nahe lag, dazu, den intellectuellen Urheber nach den Grundsätzen, die für die Bestrafung eines die verbrecherische That versuchenden physischen Urhebers gelten, zu beurtheilen. Was das so äußerst frequente Dingen zum Morde betraf; so hatte man überdies, offenbar um dem dadurch hervorgerufenen argen Unwesen zu steuern, in den Städtestatuten, oder nach den Städtegewohnheiten besondre Bestimmungen, sowie auch das Canonische Recht in einem Beschlusse des im J. 1245 unter Innocentius II. abgehaltenen Concils von Lyon [18]) dem assassinium besondre Aufmerksamkeit schenkte.

---

18) Diesen Beschluß bildet das c. 1. de homic in VIto (V. 4) und verfügt: ut quicunque princeps, praelatus seu quævis alia ecclesiastica saecularisve persona, quempiam Christianorum per dictos assassinos interfici fecerit vel

Es fragt sich nun, ob diese Gesetzesstelle im Stande sey, an und für sich die römischen Grundsätze, wie solche oben dargestellt wurden, zu beseitigen, und der Annahme, daß durch sie die Strafbarkeit der bloßen Anstiftung habe begründet werden wollen, Raum zu geben. Es leuchtet schon in Folge des Inhalts der Gesetzesstelle und der Umstände, denen sie laut ihres Inhalts den Ursprung verdankt, ein, daß hier von dem Ausspruche eines Grundsatzes durch den kirchlichen Gesetzgeber weitaus nicht die Rede seyn kann. Die Stelle betrifft vielmehr nur den speciellen Fall des Lohnmords, welcher besonderer Vorkehr bedurfte. Ueberdies bezieht sie sich offenbar nur auf das kirchliche Strafrecht, wie die Strafandrohung zeigt, und wollte, wie es scheint, in dem rohen Zeitalter ihrer Entstehung, in welchem die Kirche es sich zu ihrer Aufgabe setzte, Zucht und Ordnung zu schaffen, durch Uebung ihrer Strafgewalt auch Solche treffen, welche der Arm der weltlichen Gerechtigkeit nicht zu erreichen pflegte. Die obige Mittheilung der Ansichten der italienischen Schriftsteller zeigte uns, daß ja die Legisten anfänglich gar keine Rücksicht auf die Stelle nahmen und es scheint dieselbe erst den späteren Juristen, die sich, wie wir sahen, in Verlegenheit befanden, eine gesetzliche Begründung für ihre Ansicht von der Strafbarkeit der Anstiftung zu finden, nicht unwillkommen gewesen und deßhalb hervorgehoben worden zu seyn. Endlich ist bezüglich ihrer noch darauf aufmerksam zu machen, daß sie eigentlich für unsere Frage ganz unerheblich ist, weil sie nur sagt, der Mandant sey auch strafrechtlich verantwort-

---

etiam mandaverit (quamquam mors ex hoc forsitan non sequatur) aut eos receptaverit vel defenderit seu occultaverit, excommunicationis vel depositionis a dignitate, honore, ordine, officio et beneficio incurrat sententias ipso facto et illa libere aliis per illos, ad quos eorum collatio pertinet, conferantur.

lich, wenn auch gerade der Tod in Folge der Handlung des Mandatars nicht eintrete.

Was die P. G. O. anbelangt, so finden wir in dieser keinen Anhaltpunkt für unsere Frage, indem, wie wir glauben, der Art. 178 zu Entscheidung desselben nicht benutzt werden kann. Es wird nemlich keiner Ausführung bedürfen, daß derselbe seinem ganzen Wortlaute nach keineswegs direct auf die intellectuelle Urheberschaft bezogen werden kann. Er hat offenbar nur den physischen Urheber im Auge. Nur dieser kann scheinliche Werke, zu Vollbringung der Missethat dienstlich, hervorbringen. Nur auf ihn kann sich die Bestimmung, daß er durch andre Mittel „wider seinen Willen" an Vollbringung der Missethat verhindert worden seyn müsse, beziehen [19]). Eine andre Frage ist aber die, ob der Art. 178 nicht analogisch auf die Anstiftung angewendet werden könne. Wir haben gesehen, daß die italienische Praxis schon vor und nach der P. G. O. die Grundsätze vom Versuche auf die intellectuelle Einwirkung anwendete, und es ist auch diese Anwendung, welche sich nach dem Erscheinen der P. G. O. in Deutschland natürlich auf den Art. 178 zu stützen hatte, fortdauernd bis auf die neuere Zeit gemacht worden, wie wir bereits bei Beginn der Behandlung dieser Frage zu bemerken Gelegenheit hatten. Uns scheint diese Gesetzesanwendung nicht wohl thunlich zu seyn. Wenn man nemlich sagt, was eigentlich der Kernpunkt der ganzen gegentheiligen Beweisführung ist, der Anstifter unternehme doch gewiß ein zur Vollbringung der Missethat dienstliches scheinliches Werk, wenn er einen Andern zur Begehung der That veranlasse, z. B. einen Mörder bestelle: so ruft man eine falsche Stellung hervor, indem man den intellectuellen Urheber zu Beginn des

19) Vgl. v. Luden vom Vers. S. 439.

schlichen Verlaufes eines angestifteten Verbrechens in
Stelle eines physischen Urhebers setzt, aus der man
wieder hinauszudrängen genöthigt ist, sobald der
liche physische Urheber handelnd auftritt. Außerdem
bringt auch der, welcher anstiftet, keine scheinliche
e in dem Sinne hervor, wie sie die nur den Thäter
uge habende P. G. O. verlangt, obgleich man aller-
nicht läugnen kann, daß er durch die Anstiftung
s zur Missethat Dienstliches thut. Wenn auch be-
tlich der Anfangspunkt der Strafbarkeit des Ver-
s den Stoff einer der bedeutendsten Streitfragen des
inalrechts bildet; so kommen doch alle Theile darin
ein, daß in der Regel (d. h. abgesehen von den
en, in welchen kraft der besondern Natur des Ver-
hens oder kraft bestandner gesetzlicher Verfügung das
brechen selbst durch Worte begangen werden kann)
in der Außenwelt erscheinende Handlung, die auf
Verbrechen hinziele, vorhanden seyn müsse, um ein
rechtliches Einschreiten zu rechtfertigen. Eine solche
re Handlung fehlt nun bei der Anstiftung. Wollte
aber selbst zugeben, daß in der Anstiftung eine solche
dlung liege, so wäre doch nicht begreiflich, wie die-
en, welche dem Art. 178 den Sinn unterlegen, als
nge er eine Handlung, welche bereits einen
ang der Ausführung enthalte, in der blo-
Anstiftung eine solche Handlung finden können.
ist in aller Welt, wenn Einer dem Andern ansinnt,
Verbrechen zu begehen und der letztere auf das Ansin-
eingeht, ein Anfang der Ausführung des Ver-
chens? Der Thäter muß ja erst selbst, wenn er zur
t schreiten will, s. g. Vorbereitungshandlungen vor-
men, ehe er zum Anfang der Ausführung gelangt.
soll nun die Anstiftung schon einen Anfang der Aus-
ung enthalten? Diese Betrachtungen drängen diejeni-

gen, welche Begehung eines strafbaren Versuches mittelst Anstiftung annehmen, gewaltsam zur Theorie der selbstständigen Strafbarkeit der Anstiftung in deren ganzem Umfange hinüber, von der nun aber unser positives Recht nichts weiß. Noch klarer stellt sich das Ungenügende der gegentheiligen Meinung heraus, wenn man unter Zugrundelegung derselben das Verhältniß des Thäters und Anstifters mit einander vergleicht. Der letztere kann nach bestimmter gesetzlicher Vorschrift nicht eher für strafbar erklärt werden, als bis er eine äußere Versuchshandlung, sey dies nun nach der einen Meinung eine Vorbereitungshandlung oder enthalte sie nach der andern Meinung einen Anfang der Ausführung, vorgenommen hat. Er darf also auch deßhalb, weil er in Worten auf das Ansinnen des Anstifters eingegangen ist, nicht zur Strafe gezogen werden. Beim Anstifter soll sich dies alles anders verhalten. Er soll schon wegen seiner intellectuellen Einwirkung auf den Andern, ja wegen des Versuches derselben zur Rechenschaft gezogen werden. Weßhalb dieser Unterschied zwischen zwei Personen, die, wie wir früher gesehen haben, das Gesetz in der Regel gleich behandelt wissen will? Man antwortet: Weil der Anstifter den Impuls zum Verbrechen gegeben hat und deßhalb als gefährlicher erscheint, als der Angestiftete. Der erste Umstand gehört, wie wir glauben, auf das Gebiet der moralischen Zurechnung oder auch auf das der Strafausmessung bei unbestimmten Strafgesetzen, kann aber an und für sich in der Regel die Strafbarkeit nicht erst begründen. Den weiteren Umstand, den man dem moralischen Gefühle nach aus dem ersten ableitet, vermögen wir nicht als erheblich anzuerkennen; denn erstlich rechtfertigt Gefährlichkeit die Strafbarkeit noch nicht, und ferner ist es erst noch eine Frage, ob der in der That objectiv gefährlicher ist, welcher den Muth nicht hat, eine Unthat selbst zu verüben und sich

deßhalb an einen Andern wendet, oder der, welcher, zu Allem bereit, sich zur Begehung des Verbrechens entschließt. Wenn auch die dieser Argumentation zu Grunde liegenden thatsächlichen Momente nicht überall zutreffen werden, so zeigt dieselbe doch immerhin, daß man ebensowenig auf anderweitige specielle thatsächliche Suggestionen hin allgemeine Regeln bilden darf.

Finden wir nun aber weder in der P. G. O. noch im Canonischen Rechte Grundsätze, welche das Römische Recht zu beseitigen geeignet wären, so muß dasselbe auch auf dem Gebiete des heutigen gemeinen Deutschen Rechts als geltend erachtet werden, und wir gelangen somit zu dem praktischen Resultate, daß die oben in ihren allgemeinen Grundzügen dargestellte Theorie der accessorischen Strafbarkeit der Anstiftung, wie man sie im Gegensatze zu der der selbstständigen Strafbarkeit zu nennen pflegt, die allein anwendbare sey.

Die Gesetzgebungen erscheinen bezüglich unserer Frage sehr schwankend. Im Französischen Rechte ist die Theorie der blos accessorischen Strafbarkeit der Anstiftung in Folge des art. 60 des C. pén. sowie der Rechtsregel: nulla poena sine lege, in der Art anerkannt, daß man sagt, ohne eine verbrecherische That (sans un fait principal) gebe als auch keine complices. Nach dem Zeugnisse Kitka's [20]) ist auch auf dem Gebiete der Oesterreichischen Gesetzgebung von 1803 die Anstiftung, wenn ihr gar keine strafbare That folgt, straflos [21]). Ausdrückliche andere Bestimmungen hat z. B. das Braunschweigische GB. §. 37 angenommen, indem es die Anstiftung,

---

20) Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen S. 47—49.

21) A. M. ist freilich Jenull Oesterreich. CR. I. S. 115, welcher versuchte und gelungene Anstiftung bestraft wissen will.

wie die Uebereinkunft und Befehle zu einem bestimmten Verbrechen, auch wenn der Anfang der Ausführung desselben (mithin nach §. 36 der strafbare Versuch) noch nicht begonnen hat, in der Art mit Strafe bedroht, daß den Anstifter die Strafe des nicht beendigten Versuchs von der geringsten außerordentlichen Dauer an, denjenigen aber, der sich zur Zusage hat bestimmen lassen, die gelindere Strafart, welche der auf den nicht beendigten Versuch gesetzten zunächst folgt, trifft. Es kann, wie das Gesetz ausdrücklich bemerkt, dem Angestifteten gegenüber auf Verweis statt auf Gefängniß erkannt werden. Das Hannöversche GB. Art. 55 verordnet für unsern Fall Bestrafung wegen Versuch, und es ergiebt sich aus der Vergleichung dieses Art. mit Art. 34, daß die Strafe des nicht beendigten Versuchs eintreten soll. Die Gesetzbücher von Würtemberg (Art. 74), Hessen (Art. 71) und Baden (Art. 119) entscheiden unsere Frage, wie uns scheint, durch den Wortlaut ihrer Begriffsbestimmung vom Anstifter nach der Ansicht, welche dem Obigen zufolge als die gemeinrechtliche erscheinen dürfte. So sagt das erstere, als Urheber sey nicht nur derjenige zu bestrafen, der das Verbrechen selbst begangen, sondern auch wer einen Andern zu dem Entschlusse, dasselbe zu begehen, bewogen hat. So drücken sich die beiden letztern dahin aus, als Urheber des Verbrechens sey nicht nur derjenige zu bestrafen, welcher dasselbe begangen hat, sondern auch der Anstifter, welcher dadurch Ursache des Verbrechens geworden ist, daß er den Thäter vorsätzlich zu dem Entschlusse, dasselbe zu begehen, bestimmt hat. Das gewählte tempus der Zeitwörter belehrt uns hier noch deutlicher, wie im Römischen Rechte, daß die betreffende Strafverhängung bezüglich des Anstifters wie bezüglich des Thäters nur dann Wirkung äußern kann, wenn letzterer zu einer strafbaren Handlung vorgeschritten ist. Man sieht den

ngeführten Gesetzesstellen deutlich an, daß der Gesetzgeber abei von der Annahme eines bereits begangenen Verbrechens ausging, und erst unter Voraussetzung eines olchen weiter nach der Strafbarkeit des Anstifters fragen nd solche regeln wollte. Man kann daher auch nicht agen, mit den Worten: „bewogen hat, bestimmt hat", ey die s. g. vollendete Anstiftung gemeint. Weniger och, als auf dem Gebiete des Würtemberg. GB's eße sich eine solche Ansicht auf dem des Bad. und Hess. hren, weil die beiden letztern, bis zum Ueberflusse deutch, außerdem noch verlangen, daß der Anstifter Ursache es Verbrechens geworden sey. Hiernach erscheint un die bloße Anstiftung allgemeinhin nicht bedroht nd ist also nach dem allseits angenommenen Satze: nulla poena sine lege, straflos. Es kann dies um so weniger weifelhaft seyn, als die drei erwähnten Gesetzbücher B. Art. 63, H. Art. 64, B. §. 106) den Versuch der egel nach erst dann für strafbar erklären, wenn er in nen Anfang der Ausführung des Verbrechens vergegangen ist. Daß man aber in der Anstiftung noch inen Anfang der Ausführung finden kann, ist oben schon zeigt worden. Wenn nun auch die Motive zum W. GB. der Anstiftung einen beendigten Versuch finden wollten nd wenn sich auch in Würtemberg Stimmen für die Beafung der gelungenen Anstiftung als eines nicht endigten Versuches erhoben; so dürfte doch nach der Äußerung Würtembergischer Schriftsteller die obige Anht die meiste Geltung erlangt haben [22]). Auf dem Gebiete der Hess. Gesetzgebung ging man nach dem Zeugnisse Breidenbach's [23]) schon längst von der Ansicht aus,

22) Vgl. über diese Streitfrage des Würt. Rechts Hepp Comm. I. S. 542 und Dens. im Arch. 1846. S. 124. 357. Hufnagel Comm. I. S. 160. III. S. 641. Köstlin a. a. O. S. 545.

23) Commentar zum Hess. StGB. II. S. 222.

daß der Art. 71 (Entwurf Art. 66) im obigen Sinne aufzufassen sey. Schwierigkeiten machte dort nur der Art. 72, welcher sagt, der Anstifter bleibe straflos, wenn er von einem Anfange der Ausführung den Befehl oder Auftrag zurückgenommen und das Verbrechen verhindert habe. Da nemlich nach obiger Auslegung des Art. 71 der Anstifter überhaupt vor einem Anfang der Ausführung gar keiner Strafe unterliegen kann, so ist es auffallend, wie nun der Gesetzgeber dazu kommt, im Art. 72 ausnahmsweise unter gewissen Voraussetzungen die Straflosigkeit zu verleihen, welche in dem zunächst vorhergehenden Art. bereits allgemeinhin anerkannt ist. Es hat jedoch Breidenbach a. a. O. S. 260 — 271 genügend nachgewiesen, daß der Art. 72 ungenügend redigirt sey, daß er aber jetzt, wie er liege, nach den Aeußerungen der Gesetzgebungsfactoren jedenfalls nur *von dem* Falle einer begangenen strafbaren Handlung verstanden werden und keinesfalls abändernd auf das aus dem Art. 71 zu ziehende Princip wirken könne. Eine höchst gewichtige Bestimmung, welche die bisher gewonnenen Resultate zum großen Theile umstößt, hat das Badische GB. im Art. 122 dahin aufgenommen:

> Wurde von einer Person zur Begehung eines Verbrechens ein Auftrag ertheilt, oder für dieselbe ein Lohn gegeben oder versprochen; so sind, sobald der Andre den Auftrag angenommen, oder die Begehung des Verbrechens zugesagt, oder in Folge des ihm gegebenen oder versprochenen Lohnes oder des ertheilten Auftrags zur Ausführung des Verbrechens bereits Vorbereitungshandlungen unternommen hat, beide Theile wegen nicht beendigten Versuchs des beabsichtigten Verbrechens zu bestrafen.

Sie bleiben jedoch straflos, wenn sie das verbrecherische Unternehmen, ehe es zu einem Anfange der Ausführung kam, freiwillig wieder aufgegeben haben.

Die Motive sagen hierüber, das pactum de delinquendo, möge es in Form eines Auftrags- oder Miethverhältnisses vorkommen, an sich zwar nur eine Vorbereitungshandlung, sey in ähnlicher Weise gefährlich, wie das Komplott und werde daher als entfernter Versuch bestraft; der Reue vor Ausführung des Verbrechens sey aber auch hier, wie durchgehends im Strafgesetzbuche, die Kraft beigelegt worden, die Strafe aufzuheben. Der von Welker erstattete Commissionsbericht der II. Kammer sagt, auch bei der Anstiftung müsse die feste juristische Grenze, welche den unzweifelhaften verbrecherischen Entschluß von bloßen Cogitationen sondere, möglichst sorgfältig gewahrt werden, deßhalb sey in den Fällen des § Zusage des physischen Urhebers oder zu Stande gekommener Vertrag nöthig zur Strafbarkeit, oder auch Gewißheit, daß der Anstifter wirklich den Entschluß des Angestifteten bestimmt habe; vorher habe der Anstifter noch nicht einmal ein taugliches Werkzeug gefunden, viel weniger dasselbe in Bewegung gesetzt, und selbst der absolute Ernst seines Entschlusses sey noch nicht unwidersprechlich klar; eine thatsächliche Annahme des Auftragempfängers durch Unternehmung von Vorbereitungshandlungen habe der wörtlichen Zusage gleichgestellt werden müssen.

Wollte man die fragliche Bestimmung des §. 122 begründen, so müßte dies unseres Erachtens geschehen, wie es in den Motiven geschah. Der Gesetzgeber hatte ja freie Hand, auch ausnahmsweise eine ihm besonders gefährlich erscheinende Vorbereitungshandlung hier so gut, wie in andern Materien, der Strafe zu unterwerfen. Die Begründung, welche der erwähnte Commissionsbericht der Bestimmung giebt, dürfte aber deßhalb nicht ganz passend

seyn, weil sie irrigerweise und im Widerspruche mit dem Systeme des StGB. voraussetzt, daß die bloße Anstiftung unter das Gesetz über Versuch falle, und weil sie die dem Gesetzbuche fremde Möglichkeit der Bestrafung eines bloßen verbrecherischen Entschlusses annimmt, und somit dem § die negative Kraft der Aussonderung des scheinbar Sträflichen, aber in der That Unsträflichen, beimißt, während derselbe in der That Verhältnisse, die nach den allgemeinen Grundsätzen des StGB's straflos sind, aus besondern Gründen strafbar erklärt. Im Hinblicke hierauf und auf den §. 1 des GB. (**nulla poena sine lege**) ist somit der §. 122 nicht über die Fälle der Ertheilung eines Auftrags und das Geben oder Versprechen eines Lohnes auszudehnen. Sofern also die Anstiftung mittelst andrer Einwirkungsarten geübt wird, gelten die oben entwickelten allgemeinen Principien. Uebrigens dürfte der §. 122 dennoch eine sehr bedeutende Ausdehnung gewinnen, wenn man erwägt, daß hier, wo es sich nicht um bestimmte Worte und um civilrechtliche Formen handelt, das Verhältniß des Auftrags fast in allen den Fällen als vorhanden zu betrachten seyn dürfte, in welchen der Anstifter in seinem eigenen Interesse einen Andern bestimmte, ohne daß z. B. der Umstand, daß die Bestimmung in der äußern Form der Bitte, des Wunsches u. dgl. angenommen worden, von Einfluß sein könnte, sowie wenn man erwägt, daß in dem hiernach häufig mit dem Falle des Auftrags zusammentreffenden Falle des Gebens oder Versprechens eines Lohnes nicht immer ein Lohn von Geld und Geldeswerth, sondern nur überhaupt ein wahrer oder scheinbarer Vortheil dem Thäter in Aussicht gestellt seyn muß. Nimmt man diese Auslegungsweise, welche freilich nur in allgemeinen Andeutungen hingeworfen werden kann und der richterlichen Beurtheilung in jedem einzelnen Falle unterworfen werden muß, an, so beschränkt sich die Anwen-

dung der allgemeinen Grundsätze großentheils auf die Fälle der Anstiftung im Interesse des Angestifteten (consilium delinquendi). Diese Unterscheidung ist aber vom praktischen Gesichtspunkte aus in der That keine üble, weil die Anstiftung im Interesse des Anstifters, wenigstens auf Seiten desselben, offenbar weniger Rücksicht verdient, als die im Interesse des Angestifteten. Schließlich dürfte noch die Bemerkung am Platze seyn, daß die Bestimmung des §. 122 häufig zu mühevollen und fruchtlosen Erörterungen Anlaß geben wird, weil nur selten über Verbrechen bestimmte vertragsähnliche Zusagen erfolgen, und meist erst die eigentliche Zusage in dem Beginne der Ausführung von Seiten des Angestifteten gefunden werden kann. Selbst Vorbereitungshandlungen bilden an und für sich noch kein sicheres Criterium der thatsächlichen Zusage des Angestifteten, indem sie auch ohne festen Entschluß, gleichsam vorbehaltlich eines solchen, möglich sind. Unter diesen Umständen begangen, werden sie freilich auch ungeachtet des §. 122 straflos seyn. Durch diese Betrachtung soll übrigens keineswegs in Abrede gestellt werden, daß dennoch eine Menge von Fällen unter die Bestimmung des obengenannten § zu fallen geeignet seyn werden. — Was das neue Preuß. GB. betrifft, so läßt die Wortfassung des von der Anstiftung sprechenden §. 34. Abs. 1 im Vergleiche mit den Bestimmungen des den Anfangspunkt der Strafbarkeit des Versuches festsetzenden §. 31 keinen Zweifel darüber, daß der Preußische Gesetzgeber die oben bezüglich der Strafbarkeit der Anstiftung als gemeinrechtlich bezeichneten Grundsätze ebenfalls anerkennen wollte.

Wir haben uns bisher bemüht, die leitenden Grundsätze über den Anfangspunkt der Strafbarkeit des Anstifters für die der gemeinen Regel unterworfenen Verbrechen nach den Bestimmungen des gemeinen Deutschen

Rechts und der uns zunächst liegenden Gesetzgebungen aufzufinden, nachdem wir zuvor auf die a priori möglichen Standpunkte in der Materie von der Anstiftung hingewiesen hatten. Wir haben gefunden, daß das gemeine Deutsche Recht und mit ihm eine Reihe von Gesetzgebungen rein auf dem Standpunkte der Untrennbarkeit der Anstiftung vor der That, mit andern Worten, auf dem Standpunkte der s. g. accessorischen Strafbarkeit stehen, daß eine Reihe andrer Gesetzgebungen die Anstiftung in sofern selbständig auffaßt, als sie dieselbe Kraft besondrer gesetzlicher Verfügung unter die Regeln des Versuches zum Verbrechen stellt, daß aber keine der angeführten Gesetzgebungen (und wohl überhaupt keine bestehende Gesetzgebung) die Anstiftung nach der Weise der reinen Theorie der selbständigen Strafbarkeit derselben auffaßt.

Steht nun einmal der Anfangspunkt der Strafbarkeit der Anstiftung fest; so ist es einfach, dieselbe für den Verlauf der verbrecherischen Thätigkeit des Angestifteten bis zur Vollendung zu bestimmen. Es ist vom Verfasser in der oben (s. Note 1) erwähnten Abhandlung dargelegt worden, daß die Strafbarkeit des Anstifters und Thäters bei vollendetem Verbrechen in der **Regel** gleich sey. Dieser Grundsatz findet natürlich auch bei den einzelnen Abstufungen des Versuches zum Verbrechen seine Anwendung, so daß auch im Falle des vom Thäter verübten nicht beendigten oder beendigten Versuchs der Anstifter die Strafe dieser rechtswidrigen Handlungen in gleicher Weise wie der Thäter selbst erhält. Dies einfache Verhältniß findet consequent im Bereiche derjenigen Gesetzgebungen statt, welche rein der Theorie der accessorischen Strafbarkeit huldigen. Die Theorie der selbständigen Strafbarkeit muß dagegen Concurrenz der Strafen der Anstiftung und der aus der verbrecherischen **Handlungsweise** des Thäters für den Anstifter entspringenden Stra-

sen annehmen [24]), so daß die Strafe vollendeter Anstiftung mit der des nicht beendigten Versuchs des Verbrechens zusammentreffen müßte u. s. f. Der mehrerwähnte Mittelweg vieler Gesetzgebungen führt dazu, daß, von der Stufe der physisch verübten ersten Versuchshandlung (von dem Anfang der Ausführung durch den Thäter) an, Anstifter und Angestifteter in der Strafbarkeit einander gleichstehen, während vorher häufig (z. B. nothwendigerweise, sobald man mißlungene Anstiftung für strafbar erachtet, in welchem Falle nur der Anstifter allein Strafe leiden kann) Verschiedenheiten eintreten werden.

Es sind nun noch die Fälle zu erörtern, in welchen die Strafbarkeit wieder aufgehoben wird. Das leitende Princip ist hier der im Art. 178 der PGO. sowie in den neueren Gesetzgebungen (wenn auch unter sehr verschiedenen Modificationen) adoptirte Grundsatz, daß der freiwillig von dem Versuche Abstehende straflos werde. Wenn die Anwendung dieses Satzes schon in den Fällen, in welchen nur ein physischer Urheber zur Sprache kommt, oft nicht unschwierig ist; so tritt dieser Umstand bei Fällen, in welchen physischer und intellectueller Urheber concurriren, in erhöhtem Maaße ein. Was den erstern betrifft, so sprechen wir über ihn hier nicht besonders, weil sich der Art. 178 und die daraus abzuleitenden Sätze unmittelbar auf ihn anwenden lassen. Was dagegen den letztern betrifft, so müssen jene Gesetzesstellen und die aus ihr gezogenen Folgerungen erst auf ihn angepaßt werden. Läßt man aber nicht außer Acht, daß der Anstifter deßhalb überhaupt strafbar wird, weil er durch seine geistige Einwirkung mittelbar das Verbrechen begeht; so ergiebt sich leicht, daß man ihn dann als freiwillig von der That abstehend betrachten kann, wenn er die

24) Ein festes System hierüber ist nirgends aufgestellt.

Wirkung seiner psychischen Thätigkeit aufgehoben hat, wenn er also die Vollendung des Verbrechens, sey es nun durch eine der frühern entgegengesetzte psychische Einwirkung oder auf andre Weise verhindert hat. Es ist nicht nothwendig, daß er gerade wieder nur intellectuell einwirke, weil er zuerst intellectuell wirkte, da die Folgen seiner ersten Einwirkung möglicherweise auch auf physischem Wege beseitigt werden können. Es ist aber auf der andern Seite die Annahme einer Beseitigung auf letzterm Wege nicht zu umgehen, da sonst der Angestiftete durch seinen Eigenwillen jegliche thätige Reue des Anstifters unmöglich machen könnte. Eine weitere Weise, diese Reue darzuthun, ist dem Anstifter nach der Ansicht der meisten Gesetzgebungen (auf welche Ansicht übrigens auch der gemeinrechtliche Richter einzugehen nicht gehindert ist) in der Anzeige von dem bevorstehenden Verbrechen bei der Obrigkeit, wenn sie zu einer Zeit und unter Umständen, wo es der Obrigkeit möglich war das Verbrechen zu verhindern, geschieht, verliehen. Es ist diese Weise nur eine Unterart der sonstigen Verhinderung, da man bei der Pflicht der Obrigkeit, Verbrechen abzuwenden, schon einer bloßen zeitigen Anzeige die Kraft der Verhinderung beilegen muß.

Vor dem Beginn einer strafbaren Versuchshandlung durch den physischen Urheber bedarf es für den Anstifter der oben entwickelten Ansicht nach eines Strafaufhebungsgrundes nicht, weil derselbe unter Umständen ohnehin straflos ist. Umgekehrt aber ist jegliche Aeußerung thätiger Reue, welche erst nach vollendetem Verbrechen wirksam werden könnte, unerheblich, weil das Abstehen von der That nur vor der Vollendung derselben möglich ist. Die aufgestellten Sätze werden hiernach lediglich für den Zeitraum vom Beginne einer strafbaren Versuchshandlung bis zur Vollendung des Verbrechens praktische Bedeutung haben.

Zu der psychischen Einwirkung auf den Thäter, welche an und für sich im Stande seyn soll, die Strafbarkeit des Anstifters aufzuheben, gehört natürlich der Erfolg derselben, wenigstens in der Weise, daß dadurch alle aus der Anstiftung hervorgegangenen Bestimmungsgründe als völlig beseitigt erscheinen müssen. Ein bloßer Versuch, diese Bestimmungsgründe zu beseitigen, genügt nicht, und kann nur ein Strafminderungsgrund werden, sofern ihm nicht das Gesetz das Gewicht eines Milderungsgrundes beilegt. Schreitet aber der Thäter, ungeachtet man die Folgen der Einwirkung des Anstifters als getilgt ansehen kann, dennoch zur That, so kann solche auch nicht dem Anstifter beigemessen werden. Dann hat der Thäter ganz aus eigenen Beweggründen gehandelt. Daß die thatsächlichen Voraussetzungen eines solchen Falles nur selten eintreten und schwer beweislich zu machen seyn werden, bedarf kaum der Anführung. Deßhalb führen auch manche Gesetzgebungen die Zurücknahme der Anstiftung ohne gleichzeitige wirkliche Verhinderung des Verbrechens gar nicht als Tilgungsgrund der Strafbarkeit der Anstiftung an, wie z. B. die Würtembergische im Art. 77, welche nur sagt:

> Der Anstifter bleibt mit Strafe verschont, wenn er die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens verhindert, oder wenigstens der Obrigkeit so zeitig die Anzeige von der Verabredung gemacht hat, daß sie die Ausführung verhindern konnte.

oder die Hessische im Art. 72, welche sich so ausdrückt:

> Der Anstifter bleibt straflos, wenn er entweder vor einem Anfange der Ausführung [25]) den ertheilten Befehl oder Auftrag, wodurch er zur Begehung des Ver-

25) Ueber die letztern Worte dieses Artikels s. oben.

brechens bestimmt hatte, zurückgenommen und das Verbrechen auf diese oder sonstige Weise verhindert, oder der Obrigkeit so zeitig davon Anzeige gemacht hat, daß dasselbe verhindert werden konnte.

Tiefer geht das Badische GB. auf die Sache ein. Nachdem nemlich schon dem §. 122, welcher die Strafbarkeit der gelungenen Anstiftung im Falle eines Auftrags oder Lohnes festsetzt, beigefügt worden, daß der Anstifter und Angestiftete straflos bleiben sollen, wenn sie das verbrecherische Unternehmen, ehe es zu einem Anfange der Ausführung kam, freiwillig wieder aufgegeben haben, (welche Disposition des Gesetzes übrigens nur auf ein gemeinschaftliches Aufgeben durch beide Betheiligte zu beziehen ist,) verfügt der §. 123 über die Straflosigkeit des Anstifters dahin: Der Anstifter soll straflos *bleiben:*

1) wenn er die Gründe, durch welche er den Andern zu dem verbrecherischen Entschlusse bestimmt, vollständig wieder aufgehoben und der Letztere nur aus andern (eigenen) Gründen das Verbrechen dennoch ausgeführt hat;

2) wenn er, nachdem ihm die Verhinderung der Begehung durch Abmahnung des Andern nicht gelungen, oder die Abmahnung ihm ohne sein Verschulden nicht möglich gewesen ist, der Obrigkeit von dem bevorstehenden Verbrechen so zeitig die Anzeige gemacht hat, daß sie dasselbe verhindern konnte; oder

3) wenn er das Verbrechen, ehe es zu einem Anfang der Ausführung kam, selbst abgewendet oder verhindert hat; oder wenn er in Fällen, wo er die Ausführung erst nach unternommenen Versuchshandlungen abgewendet oder verhindert hat, den Thäter vorher abmahnte, oder ihm eine frühere Abmahnung nicht möglich war.

Die Abmahnung in den Fällen unter Ziffer 2 und 3 wird deßhalb gefordert, damit nicht etwa ein Anstifter

en Andern zum Verbrechen verleiten und dann ohne
Angestifteten von seiner, des Anstifters, Willensände-
g auch nur in Kenntniß zu setzen, der strafrechtlichen
rfolgung Preis geben, sich selbst aber durch Verhinde-
g des Verbrechens oder durch eine Anzeige bei der
rigkeit die Straflosigkeit sichern könne. Von dieser
cht zur Abmahnung kann nur die Unmöglichkeit der
ern entbinden. Ist aber der Thäter abgemahnt wor-
, so kann er sich nach dem §. 117 des Bad. StGB's
ch freiwilliges Aufgeben der That, so lange er nicht
t beendigten Versuche vorgeschritten ist, selbst die Straf-
gkeit verschaffen. Thut er dies nicht, so liegt ferner
keine Härte darin, wenn der Anstifter straflos aus-
t, der Thäter aber gestraft wird. Neben der vorhin
tgetheilten Bestimmung des Bad. GB's, daß der An-
ter, sofern er die Bestimmungsgründe in dem Ange-
eten vollständig wieder aufhob, straflos sey, ordnet der
24 dieses GB's an, daß der Anstifter, wenn er die an-
endeten Bestimmungsgründe, soviel an ihm lag, auf-
ben, oder den Andern, soviel an ihm lag, von dem
brechen abzuhalten suchte, dieser aber dasselbe dennoch
führte, von der Strafe des nicht beendigten Versuches
offen werden solle. Man hat schon auf dem Gebiete
gemeinen Rechts behaupten wollen, daß der Anstifter,
die Anstiftung ohne Erfolg wirkungslos zu machen sucht,
h. das Mandat zurückzieht, ohne daß der Mandatar Rück-
hierauf nimmt, nur wegen Versuches zu bestrafen sey.
l man damit sagen, er habe auch nur einen Versuch
ngen; so ist dies, wie leicht einzusehen, unrichtig.
l man aber damit lediglich eine mildere Strafe,
lich die des Versuches zur Anwendung bringen lassen
also auf diesem Wege der vergeblichen Bemühun-
des Anstifters die Wirkung eines Strafmilderungs-
ndes verschaffen; so ist hiergegen nichts zu erinnern,

und in diesem Sinne ist auch die Vorschrift unseres GB's aufzufassen. Bei Betrachtung der Bestimmungen des §. 123 des GB's zeigt sich, daß der Gesetzgeber eine Strafbestimmung für den Fall zu geben hatte, in welchem der Anstifter ohne vorgängige Abmahnung des Thäters oder ohne die Unmöglichkeit derselben Anzeige bei der Obrigkeit machte, sofern nicht angenommen werden sollte, daß in diesem Falle den Anstifter die volle Strafe des Thäters treffe. Der Gesetzgeber hat die vermißte Bestimmung auch im §. 124 niedergelegt, indem er dem Anstifter für den fraglichen Fall die Strafe des nicht beendigten Versuches droht. Wenn es in dem Gesetzbuche §. 123 Ziff. 2 heißt, daß die Anzeige bei der Obrigkeit so zeitig geschehen seyn müsse, daß diese das Verbrechen verhindern konnte; so wird dabei nicht vorausgesetzt, daß die Obrigkeit das Verbrechen auch wirklich verhinderte, es genügt, wenn sie es nur noch verhindern konnte. Unter einer ungerechtfertigten Saumseligkeit der Obrigkeit kann der Anstifter, der die Anzeige allgemeinen Begriffen nach für das wirksamste Mittel der Abwendung des Verbrechens halten mußte, nicht leiden [26]). Die Frage, wann angenommen werden muß, daß die Obrigkeit das Verbrechen verhindern konnte, ist natürlich eine reine Thatfrage, über die sich allgemeine Regeln nicht geben lassen. Wenn endlich im §. 123 Ziff. 3 gesagt ist, der Anstifter sey straflos, wofern er das Verbrechen, „ehe es zu einem Anfange der Ausführung kam", selbst abwendete; so kann dieser Theil der Bestimmung der erwähnten Ziff. 3 wohl nur auf die Fälle des §. 122, durch welchen unter Umständen, wie wir gesehen haben, die bloße Anstiftung und das Eingehen auf dieselbe bestraft wird, bezogen werden, da außer diesen Fällen die Straflosigkeit des Anstif-

26) Breidenbach a. a. O. S. 217.

s und Angestifteten vor dem Eintreten eines strafbaren
rsuches feststeht und da nach den Grundsätzen des GB's
er Versuch (§. 107) erst der Anfang der Ausführung
er Strafe unterliegt.

An die bisherigen Erörterungen knüpft sich die Frage,
der Anstifter straflos werden könne, wenn sich der Thä-
durch sein freiwilliges Abstehen von der versuch-
Thät Straflosigkeit verschaffe. Man scheint früher
gemein der Ansicht gewesen zu seyn, daß dies nicht der
ll sey. Es war aber diese Ansicht wohl großentheils
r Folge der oben dargelegten Meinung von der Selbstän-
keit der Strafbarkeit der Anstiftung [27]). In neuerer
it sprachen sich gewichtige Stimmen für die Bejahung
r Frage aus [28]). Uns scheint übrigens die Verneinung
r Frage sowohl auf dem Gebiete des gemeinen Deutschen
chtes, als auf dem der Deutschen Gesetzgebung den
rzug zu verdienen. Man kann endlich gewiß nicht mit
pp a. a. O. sagen, nach dem Satze „durch Andre ge-
n, ist selbst gethan" sey gegen den Anstifter im vorlie-
den Falle keine Strafe zu erkennen, weil „der Thäter
nichts (Strafbares) gethan habe" und weil es wider-
echend wäre, dem Anstifter eine straflose Thät zur
rafbarkeit anzurechnen. Es hat nemlich hier der Thä-
jedenfalls etwas gegen das Strafgesetz gethan, in-
n er eine an sich strafbare Versuchshandlung beging,
nur in Folge seiner freiwilligen Willensänderung wie-
straflos wird. Die gesetzliche Folge der Willens-
derung des Thäters kann aber eben so wenig auf die
rson des Anstifters zurückwirken, als eine solche Rück-

---

27) Hepp im Archiv 1836. S. 48. Zachariä vom Versuche
II. S. 295.

28) Hepp im Archiv 1846. Mittermaier zu Feuerbach
§. 46 Note.

wirkung in dem Falle der geminderten oder aufgehobenen Zurechnungsfähigkeit des Thäters möglich ist. Wir wollen übrigens hiermit keineswegs diese beiden Fälle einander gleichstellen, sondern bezwecken nur, durch den gewählten Beispielsfall auf die oben weitläufig entwickelte Möglichkeit einer dem Grundsatze der accessorischen Strafbarkeit der Anstiftung nicht widersprechenden ungleichförmigen Behandlung des Anstifters und Thäters hinzuweisen. Es ist ganz richtig, was Hepp weiter bemerkt, daß für Anstifter und Thäter eine objectiv strafbare That vorausgesetzt werde, aber eine solche liegt auch in der strafbaren Versuchsandlung vor, und der Aufhebungsgrund der Strafbarkeit des Thäters ist gerade nur ein subjectiver, die Person des letztern allein betreffender. Wenn für die Straflosigkeit des Anstifters der Umstand *angeführt* wird, daß zum strafbaren Versuche des Verbrechens *wesentlich* das Merkmal des Gehindertseyns „wider den Willen" des Versuchenden gehöre, so läßt sich hiergegen einfach anführen, daß ja eben bezüglich des Anstifters ein solches Gehindertseyn wider den Willen vorliegt. Der Anstifter wünscht die Vollführung der That; tritt aber der Angestiftete noch im Stadium des Versuches von der That zurück, so ist letztere gewiß gegen den Willen des Anstifters verhindert worden [29]).

Zum Schlusse noch folgende gewichtige Bemerkung!

Mehrfach haben wir bereits angedeutet, daß die im Vorhergehenden über die Strafbarkeit der Anstiftung entwickelten Grundsätze zwar die Regel bilden, daß diese Regel aber nicht ohne Ausnahmen sey. Wenn es nun

29) Wenn man in Frankreich die unsrer Ansicht entgegengesetzte Meinung vertheidigt (s. darüber **Rauter** traité du droit crim. I. p. 212); so beruht dies auf einer ungebührlich weiten Ausdehnung des Princips, daß es ohne einen auctor delicti keine complices gebe. Vgl. Breidenbach a. a. O. S. [illegible]

h nicht im Plane dieser Zeilen liegt, diese Ausnahmen Besondern zu erörtern und die bezüglich ihrer gel- den Grundsätze ausführlich darzulegen; so kann es doch ht umgangen werden, darauf hinzuweisen, daß Wis- schaft und Praxis des gemeinen Deutschen Rechts von r die Anstiftung oder Aufforderung zum Hochverrathe Aufruhre der strafrechtlichen Verfolgung unterwarfen, dies den in der Natur der Sache begründeten gesetz- en Vorschriften[30]) nach geschehen mußte, und daß die etzgebungen [31]) der neuern Zeit den gleichen Weg schlugen. Wie sehr indessen die Ansichten der Rechts- hrten über die Grenzen des Erlaubten und Unerlaubten wohl auf dem Gebiete des gemeinen Rechts, als auf n der Gesetzgebungen in fraglicher Beziehung auseinan- gehen, und wie hier selbst die verschiedenen Gesetz- ungen von einander abweichen, bedarf als bekannt m der Erwähnung. Dagegen sind die Vorkehrungen t außer Acht zu lassen, welche die Gesetzgebungen ben ihren Strafsanctionen gegen bestimmte Auf- ierungen zum Hochverrathe und Aufruhre zu dem ecke getroffen haben, daß das Ansehen der Staats- walt auch nicht auf indirectem Wege untergraben rde [32]). Endlich ist nicht zu übersehen, daß die neue- Gesetzgebungen, durch die Erfahrungen der letzten Jahre eichert, dahin gelangten, die Anstiftung zu Verbrechen Vergehen überhaupt, wofern dieselbe auf eine be-

30) L. 1. §. 1. l. 4 pr. l. 7. §. 3. D. ad leg. Jul. maj. (48. 4), l. 3 pr. D. ad l. Jul. de vi publ. (48. 6), l. 5. C. ad l. Jul. maj. (9. 8).

31) Preuß. allg. LR. §. 97. Oesterr. GB. §. 52. Bayer. Art. 308. Sächs. Art. 84. 115. Würt. Art. 142. 176. Hess. Art. 131. 162. Bad. §. 594. 630. Preuß. §. 65. 66.

32) Oesterreich. GB. §. 57. Bayer. Art. 311. 404. Sächs. Art. 94. Würtemb. Art. 149. 167. 168. 169. Braunschw. §. 88. 115. Bad. §. 631. Preuß. §. 93. 99. 101.

sonders gemeingefährliche Weise geübt wird, für strafbar zu erklären. Hierher gehören einige Bestimmungen des neuen Preußischen Gesetzbuchs, deren zu gedenken um so mehr von Interesse ist, als sie sich in andern Gesetzgebungen der neuesten Zeit wiederholt finden [33]). Der §. 30 bedroht die öffentlich stattfindende Aufforderung zu einem Verbrechen oder einem Vergehen, wenn sie ohne Erfolg geblieben ist, mit Gefängniß bis zu Einem Jahre. Der §. 87 will denjenigen, welcher zum Ungehorsam gegen die Gesetze oder Verordnungen oder gegen die Anordnungen der Obrigkeit öffentlich auffordert, oder anreizt, mit Geldbuße bis zu 200 Thalern oder mit Gefängniß von vier Wochen bis zu zwei Jahren bestraft wissen. Der §. 88 bestimmt, daß wer eine Person des Soldatenstandes durch Wort, Schrift oder irgend ein anderes Mittel mit oder ohne Erfolg aufforderе oder anreize, dem Befehle des Obern nicht Gehorsam zu leisten, oder wer eine Person, die zum Beurlaubtenstande gehöre, auffordere oder anreize, der Einberufungs-Ordre nicht Folge zu leisten, mit Gefängniß von sechs Wochen bis zu zwei Jahren zu bestrafen sey.

---

33) Z. B. Bad. Ges. v. 5. Febr. 1851. §. 2. (§§. 630. 631 a—g des StGB.)

XVIII.

Die Gefahren der unzweckmäßigen Abfassung der Anklageschriften und ihr Einfluß auf den gerechten Erfolg des Strafverfahrens

geschildert von

Mittermaier.

Ein in neuester Zeit ergangener Rechtsspruch des Cas-sationshofes in Brüssel ist geeignet, auf den gefährlichen Einfluß aufmerksam zu machen, welchen eine unzweck-mäßige Abfassung der Anklageschriften auf das Strafver-fahren und die Wahrsprüche der Geschwornen ausüben könne.

Die Anklagsakte, welche gegen die Brüder Knepp wegen Theilnahme an einem Diebstahle vor-gelesen wurde, enthielt die wörtliche Aussage eines Zeugen, welcher in der Voruntersuchung vernommen war. Dieser Zeuge wurde nicht in der Sitzung vorge-rufen; die Anklagsakte wurde aber auf die gewöhnliche Weise vorgelesen, und den Geschwornen in ihr Bera-thungszimmer mitgegeben. Die Angeklagten wurden für schuldig befunden; sie gründeten aber außer anderen Punkten *ein Richtigkeitsgesuch* auch darauf, daß durch

jene Aufnahme der Zeugenaussagen in der Anklagsakte ebenso das Princip der Mündlichkeit als die Vorschriften des Gesetzes Art. 322. 341 verletzt worden seyen. Der Cassationshof verwarf durch Rechtsspruch vom 12. Mai 1851 das Nichtigkeitsgesuch [1]). In den Entscheidungsgründen wird gesagt: In Erwägung, daß die Anklagsakte, welche nach Art. 241 des Code der Generalprocurator zu entwerfen beauftragt ist, die Natur des Verbrechens, die Handlung und alle Umstände auseinander setzen soll, welche die Strafe vermindern oder erhöhen können, und daß die Elemente zur Entwerfung dieser Anklagsakte nur aus der Voruntersuchung geschöpft werden können, von welcher die schriftlichen Zeugenaussagen einen Theil ausmachen; in Erwägung, daß, wenn man auch nicht wörtlich die schriftlichen Zeugenaussagen in die Anklageschrift in der Absicht einschalten kann, die Vorschriften und Verbote der verschiedenen Gesetze über das Verfahren zu vereiteln, und daß eine solche Einschaltung eine Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen enthalten würde, welche den Grundsatz der Oeffentlichkeit und der Mündlichkeit des Strafverfahrens aufstellen, nichts desto weniger man die Einschaltung einer summarischen Zergliederung der Aussage eines Zeugen in einem Anklageakt nicht als in der Absicht geschehen ansehen kann, die gesetzlichen Vorschriften und Verbote zu umgehen, da eine solche Einschaltung auch nöthig seyn kann, um dadurch die Handlung und die Umstände genau zu bezeichnen; in Erwägung, daß im vorliegenden Falle der Generalprocurator sich darauf beschränkt hat, eine summarische Zergliederung der schriftlichen Aussage des Eduard Quintyn, Bruders des Angeklagten, in die Anklageschrift aufzunehmen, daß diese Zergliederung, die keine von den Formen an sich trägt

1) Belgique judiciaire v. 14. März Nr. 2. 1852.

die in Protokollen beobachtet seyn müssen, welche die von den Untersuchungsrichtern aufgenommenen Zeugenaussagen enthalten, nur eine einfache Behauptung von Seite der Staatsbehörde enthält und die Anklageschrift, in der dies vorkommt, nicht den Protokollen gleichgestellt werden kann, welche die Zeugenaussagen enthalten, deren Vorlesung in den Assisen und Mittheilung an die Geschwornen das Gesetz verbietet; in Erwägung, daß nach dem Vorhergehenden der Präsident, indem er die, die Zergliederung der Zeugenaussagen enthaltende Anklageschrift vorlesen ließ und sie den Geschwornen zustellte, keine der von dem Nichtigkeitskläger angeführten Gesetzesstellen verletzte — wird das Cassationsgesuch verworfen.

Die hier mitgetheilten Entscheidungsgründe enthalten höchst bedenkliche Grundsätze, deren folgerichtige Durchführung zur Gefährdung der Interessen der Angeklagten ebenso wie der Gerechtigkeit führen könnte. Es kann nur gefährlich seyn, wenn man die Entscheidung eines Cassationsgesuchs davon abhängig machen wollte, welche Absicht der Verfasser einer Anklageschrift bei Verletzung von Gesetzesvorschrifen hatte; denn eine solche Verletzung begründet Nichtigkeit, mag sie auch in der besten Absicht vorgenommen seyn; regelmäßig wird gewiß eine solche gute Absicht angenommen werden dürfen. Sobald eine Gesetzesvorschrift verletzt wurde, deren Uebertretung mit Nichtigkeit bedroht war, oder einen wesentlichen Bestandtheil des Verfahrens verletzt, insbesondere das Interesse der Vertheidigung bedroht, muß die Nichtigkeit ausgesprochen werden, weil es nur auf die Gefährdung der rechtlichen Gültigkeit der Verhandlung ankommt, auf deren Grund entschieden wurde, und diese Gefährdung unabhängig von der Art der Absicht des Uebertreters [2])

2) Die Art der Absicht könnte nur in Betrachtung da kommen, wo darüber geurtheilt werden soll, ob der Verfasser der An-

eintritt, läßt sich nachweisen daß auch nur möglicherweise durch die Aufnahme wörtlicher Zeugenaussagen in die Anklageschrift der Grundsatz der Mündlichkeit und das Interesse des Angeklagten gefährdet werden kann, so hat der Cassationskläger, wenn er wegen solcher Einschaltungen das Urtheil als nichtig angreift, nicht nöthig nachzuweisen, daß der Bearbeiter der Anklageschrift eine schlechte Absicht dabei hatte. Wollte man doch eine solche Nachweisung fordern, so käme man dazu, eben so schwierige und (da die Willensbeschaffenheit des Staatsprocurators Gegenstand des Beweises seyn müßte) unzuverlässige Beweisführungen zu verlangen und oft sehr störende widerliche Auftritte zu veranlassen.

Der bisher angeführte Fall ist geeignet, auf die Bedeutung der Anklageschriften (wenn man *sie einmal* für nothwendig hält), aber auch auf die Vorsicht *aufmerksam* zu machen, mit welcher diese Schriften bearbeitet werden müssen, wenn sie gefahrlos seyn sollen.

Die Anklageschrift hat eine mehrfache Bedeutung; sie ist 1) die Grundlage der Verhandlungen (im Geiste des Anklageprincips) und in sofern auch von hoher Wichtigkeit für den Angeklagten, welcher durch die Anklageschrift die Anschuldigung erfährt und dadurch vorbereitet werden soll, nach dem Angriffe die Vertheidigung einzurichten; 2) sie ist es, nach welcher die an die Geschwornen zu stellenden Fragen einzurichten sind; 3) sie ist die Grundlage für die Berathungen und die Wahrsprüche der Geschwornen, und hat 4) wenigstens nebenher die Wirkung, daß sie die Ansichten des Publikums über die gegen eine Person erhobene Anschuldigung und über den Stand der Sache leitet. — Wir sind überzeugt, daß die Zeit

---

klageschrift eine strafwürdige Handlung durch gesetzwidrige Einschaltung beging.

nicht fern ist, in welcher die Frage: ob nicht die Anklageschrift ganz entbehrt, und durch das Verweisungsurtheil ersetzt werden kann, ernstlich geprüft werden wird [3]), und wo selbst die Prüfung noch weiter führen wird, ob nicht das schottische Verfahren [4]), nach welchem der Staatsanwalt unter persönlicher Verantwortlichkeit, ohne daß eine Anklagekammer die Zulässigkeit der Anklage prüft, die Anklage erhebt, und sie vor die Assisen bringt, wo er aber sich gefallen lassen muß, daß sogleich bei Eröffnung der Verhandlung der Vertheidiger die Einwendung gegen die Relevancy der Anklage erhebt, und von dem Gerichte vor Allem auf den Grund der nur über diese Vorfrage geführten Verhandlungen entscheidet. Erwägt man, daß das Verweisungsurtheil mit seinen Entscheidungsgründen schon Alles enthält, was den Angeschuldigten, welcher in der Voruntersuchung die Anschuldigung und die Beweise derselben kennen lernte, und die Liste der gegen ihn zu benutzenden Zeugen mitgetheilt erhält, in den Stand setzt, die Vertheidigung für die Hauptverhandlung vorzubereiten; berücksichtigt man, wie viel Mühe und Zeit zur Ausarbeitung weitläufiger Anklageschriften von den Staatsanwälten verwendet werden muß und wie viele Kosten dem Staate, wie viele Qualen dem Angeklagten erspart werden könnten, wenn ohne vorgängige Anklageschrift die Verhandlung eröffnet werden könnte, so verdient die Frage: ob die Anklageschrift nicht ganz entbehrt und durch das Verweisungsurtheil ersetzt werden sollte, eine nähere Erwägung. Wir wollen diesen Gegenstand in dem jetzigen Aufsatze nicht weiter verfolgen und unsere Erörterung nur darauf beschränken, wel-

---

3) Herr Glaser hat in diesem Archive 1852 Heft 2. Nr. XII. das Verfahren bei der französischen Anklagekammer einer näheren Prüfung unterworfen.

4) Mein Werk: das englisch-schottische Strafverfahren S. 350.

che Nachtheile die unzweckmäßige Abfassung der Anklageschriften erzeugen kann.

Unsere Leser erinnern sich des allgemeinen Unwillens, mit welchem die in dem bekannten Prozesse gegen die Frau Laffarge von einem sonst ehrenwerthen Staatsanwalte bearbeitete Anklageschrift vorzüglich in England [5]) aufgenommen wurde; allein wir bitten, Anklageschriften aus neuerer Zeit in wichtigen französischen Straffällen z. B. in dem Prozesse gegen den Bruder Leotade wegen Ermordung der Cecile Combettes [6]), oder dem Prozesse gegen die Ehegatten Bocarmé zu vergleichen, um sich zu überzeugen, daß die Anklageschriften von leidenschaftlicher Darstellung, von der Sitte, nach welcher der Staatsanwalt mit kühner Phantasie die Art, wie das Verbrechen verübt seyn kann, sich ausmalt und dies Product seiner Auffassung als Gewißheit hinstellt und darauf die Anklage baut, ferner von dem Vorwurfe der Aufzählung der als erwiesen hingestellten Indicien vorzüglich einer Masse von Schlußfolgerungen, die aus dem Charakter des Angeklagten abgeleitet werden, nicht freigesprochen werden kann, und daß in diesen Schriften die Aussagen der in der Voruntersuchung vernommenen Zeugen oft wörtlich, oft kürzer, aber mit Angabe der Namen der Zeugen aufgenommen werden.

Schon früh erhoben sich in Frankreich von erfahrnen und kenntnißreichen Juristen Stimmen gegen die Art, mit welcher häufig die Anklageschriften abgefaßt wurden. Die Gründe, aus welchen in der Rechtsübung die Anklageakten allmählig eine bedenkliche Ausdehnung

---

5) Auszüge aus dem damals erschienenen Aufsatze eines der größten englischen Praktiker in meinem Werke: das englische Strafverfahren S. 246.

6) Procès du frère Leotade. Leipzig 1851. pag. 20—74.

erhielten, liegen theils in der französischen Sitte, nach welcher die Assise wie ein grosartiges Schauspiel betrachtet wird; in welchem jeder darin Beschäftigte durch die Art seines Anftretens, durch feurige Darstellung und Entfaltung der Künste der Beredtsamkeit Interesse zu erwecken sucht, wo insbesondere der Staatsanwalt häufig seine Ehre darein setzt, als Sieger aus dem geistigen Kampfe mit dem Vertheidiger hervorzugehen, und seine Anklage durchführen zu können, daher, namentlich in politischen Untersuchungen oder bei Verfolgung von Verbrechen, die grosses Aufsehen erweckten, durch Leidenschaftlichkeit und das Streben die Ansicht der Geschwornen für sich zu gewinnen, sich hinreißen läßt, schon in der Anklageschrift durch die Art der Ausführung Interesse zu gewinnen, theils durch die Zusammenstellung der Verdachtsgründe und die Erzählung des Vorfalls den Leser von der Wahrheit der Anklage zu überzeugen. Ein andrer Grund liegt in der Art, wie in Frankreich das Verhältniß der Voruntersuchung zu der eigentlichen Hauptverhandlung aufgefaßt wird. Man ist in Frankreich (wie leider auch in Deutschland) vielfach gewöhnt, die Erste als die Grundlage der Zweiten zu betrachten, so daß man in der mündlichen Verhandlung bei jeder Gelegenheit auf die Ergebnisse der Ersten zurückkommt, dem Zeugen aber und Angeklagten die abweichenden Aussagen aus der Voruntersuchung vorhält und die schriftlichen Zeugnisse vorlesen läßt. Man spricht von dem Princip der Mündlichkeit, aber man verletzt es im Einzelnen sehr häufig. — Wenn tüchtige französische Juristen z. B. Carnot [7]) erklärten, daß die Anklageakte das image fidèle de l'instruction préliminaire, oder das resumé des Inhalts derselben seyn müßte, so waren solche Ausdrücke

7) in seinem Werke: l'instruction criminelle I. pag. 696.

nicht geeignet, zur Festhaltung der richtigen Grenze der Anklageakten zu bestimmen; auf die Abfassung der Anklageschrift wirkte aber auch die Ansicht ein, unter deren Herrschaft diese Schriften vor dem Code v. 1808 abgefaßt wurden. Damals wurden sie den Anklageschwornen vorgelegt und mußten, da sie die Grundlage der Berathung und Entscheidung dieser Jury waren, begreiflich ausführlich abgefaßt werden [8]), während dies nicht wohl auf die Anklageschrift paßte [9]), welche nach beendigter Voruntersuchung und nach der von der Anklagekammer bereits zugelassenen Anklage und nach dem motivirten Verweisungsurtheil abgefaßt werden mußte. Der Cassationshof selbst führte durch seine Rechtsprechung [10]), durch die Aufstellung des Grundsatzes, daß die Anklageakte unparteiisch seyn und auch alle ersichtlichen Entlastungsthatsachen enthalten sollte, selbst durch Urtheile, welche unvollständige Anklageakten vernichteten, die Staatsanwälte leicht irre, und veranlaßte sie, lieber zu weitläufig als zu kurz zu seyn. Was den Verfassern des Gesetzbuchs von 1808 bei dem Art. 241 vorschwebte, ist nicht ganz klar; es scheint aber, daß die Weise, mit welcher jetzt noch immer Anklageschriften in Frankreich abgefaßt werden, nicht in der Absicht der Gesetzgeber lag [11]). Ein ehrenwerther französischer Schriftsteller [12]) tadelte mit Nachdruck die fehlerhafte Sitte: qui transformait les actes d'accusation en plaidoiries, ou les moyens supposês de la

---

8) Encyclopédie du droit par Sebire. Vol I. pag. 128.

9) Morin Repertoire I. p. 63.

10) z. B. Arrêt v. 5. Mai 1808.

11) Staatsrath Faure erklärte im corps legislatif ausdrücklich: l'acte ne contiendra aucun fait, aucune particularité sur la quelle il n'y ait des fortès présomptions réconnues par les magistrats qui ont prononcé l'accusation.

12) Carnot l. c.

lefense etoient à l'avance discutés, ou les conjectures les plus faibles etoient hazardés, les faits le moins établir affirmés, und Morin [13]) rügt mit Recht die häufig in diesen Schriften gebrauchten Ausdrücke: il est prouvé, il est etabli, und bemerkt, daß alle Anschuldigungen nur d'une manière dubitative angeführt werden dürften, und daß es keine anderen Beweise gebe, als die durch die mündliche Verhandlung festgestellten. Ein guter Beobachter, der neuerlich längere Zeit in England und Frankreich den Gang der Rechtspflege studirte [14]), nennt die Anklageakte in Frankreich das Werk des Generalprocurators, also einer Partei; sie enthält nach seiner Schilderung eine vollständige Erzählung der Thatsachen, Schilderung des Charakters, des früheren Lebenswandels des Angeklagten, die Anführung von Beweisen, die der Ankläger in der Voruntersuchung findet, und aus denen er die Schuld ableiten will.

Die Vorschriften der deutschen Strafprozeßordnungen sind im Wesentlichen Nachbildung des französischen Code; jedoch sind manche beigefügten Anweisungen bedenklich, wenn z. B. verlangt wird, daß die Anklageschrift auch die für den Thatbestand als für die Schuld des Angeklagten vorliegenden Beweismittel enthalten soll [15]). In den zur Erläuterung der deutschen Gesetz-

13) Morin p. 63.

14) Orelli (in Zürich) in der Schrift: die Jury in Frankreich und England. Zürich 1852. S. 60.

15) So heißt es z. B. in der österreich. Straf-Pr. O. §. 250 (ähnlich in der Thüringischen §. 195); allein die darnach abzufassende Anklageschrift ist nicht wie in Frankreich erst nach dem Verweisungserkenntniß, sondern voraus zu bearbeiten, wird erst nach §. 196 dem Angeschuldigten mitgetheilt und der Anklagekammer vorgelegt, welche darüber verhandelt und

gebungen geschriebenen Werken wird auf die Ansichten französischer Schriftsteller zu viel Rücksicht genommen, und Anweisungen, wie die z. B. daß die Anklageschrift eine gedrängte Darstellung der Ergebnisse der Voruntersuchung liefern, dem Angeklagten die volle Kenntniß der Richtung der Anklage und der für dieselbe vorhandenen Beweismittel geben soll [16]), sind gut gemeint, begünstigen aber leicht die unzweckmäßige Ausdehnung der Anklageschriften. Auch die neueste von einem rheinischen Praktiker [17]) aufgestellte Ansicht, daß die Anklageschrift die Rechtfertigung der Anklage aus den in der Untersuchung gesammelten Thatsachen und Beweisen sey, ist nicht geeignet, die Klarheit über die richtige Stellung der Anklageschrift zu befördern.

Von allen neuen Gesetzgebungen hat die schweizerische zuerst die wahre Bedeutung der Anklageschrift aufgestellt. Das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege [18]) schreibt vor, daß die Anklageschrift in Kürze bezeichnen soll: 1) die Person des Angeklagten, 2) die Handlungen oder Unterlassungen, welche demselben zur Last gelegt werden, 3) die Eigenschaft und die Absicht, in welcher er gehandelt hat, und die übrigen Umstände, welche mit der Handlung verbunden waren, soweit dieselben zu dem gesetzlichen Thatbestand des Verbrechens gehören, mit Weglassung von bloßen Erschwerungs- oder Milderungsgründen, 4) die Gesetzesartikel, durch welche dieser Thatbestand mit Strafe bedroht ist. Für den Fall der Verwer-

---

dann erst über Anklagen entscheidet. Nach baierischem Gesetze §. 65 ist vorgeschrieben, daß in der Anklageschrift die der Anklage unterstellten Thatsachen und vorliegenden Beweise kurz zusammengestellt werden sollen.

16) So giebt v. Würth in seinem Comment. zum österreich. Gesetzbuche die Anweisung S. 402.

17) Leue motivirter Entwurf zu einer Criminalprozeßordnung S. 165.

18) vom 27. Aug. 1851. §. 35.

sung der Hauptanklage kann eine eventuelle Anklage erhoben werden, welche auf gleiche Weise abzufassen ist. — Dabei sind weder die Verdachtsgründe anzuführen, noch irgend welche Rechtserörterungen oder Geschichtserzählungen einzuflechten. Diese Vorschrift ist wörtlich in der neuesten Gesetzesarbeit über Einführung der Schwurgerichte für Zürich §. 225 übergegangen. Man erkennt darin die Wirksamkeit des trefflichen Bearbeiters des Entwurfs Hrn. Rüttiman, der durch seine vorurtheilsfreie Beobachtung der englischen Strafrechtspflege und die Vergleichung mit der französischen Einrichtung die Wichtigkeit fühlte, die Nachtheile zu beseitigen, welche die Bearbeitung der französischen und deutschen Anklageschriften erzeugen können.

Wir wollen hier nicht von den störenden Nachtheilen sprechen, welche die voreilige Veröffentlichung der Anklageschriften haben kann. Wir haben in Deutschland erlebt, daß Anklageakten, die viele Bogen füllten, gedruckt lange vor der Eröffnung der Assise nicht blos in politischen Untersuchungen, sondern auch in andern wichtigen Prozessen im Publicum verbreitet waren [19]). Es ist begreiflich, daß dadurch die öffentliche Meinung schon eine bestimmte einseitige Richtung erhielt, daß viele Personen, dem hochgestellten Staatsanwalte trauend, durch die Fassung der Anklageschrift verleitet wurden, die darin aufgestellte Erzählung für wahr, die Anschuldigung für begründet und den Angeklagten um so mehr für einen unwürdigen Menschen zu halten, je mehr häufig in diesen Schriften mit den heftigsten Ausdrücken der Angeklagte als Mann dargestellt wird, welchem man das Verbrechen leicht zutrauen

19) Einige neue Gesetze haben die Veröffentlichung der Anklageschriften durch Zeitungen verboten.

kann. Durch die Veröffentlichung wird die Anklageschrift häufig ein Gegenstand, um welchen sich in gesellschaftlichen Kreisen das Gespräch dreht; die Zeugen, welche im Prozesse erscheinen sollen, werden durch solche Gespräche leicht dazu gebracht, ihre wirklichen Wahrnehmungen nach den Eindrücken zu modificiren, welche das Lesen der Anklageschrift und die Gespräche darüber auf sie machen, und die Geschwornen, welche nur nach dem Ergebnisse der mündlichen Verhandlungen urtheilen sollen, kommen mit einer durch die Gespräche mit Andern über den Straffall vorgefaßten Meinung in die Assise. — Wenn aber auch keine solche unzeitige Veröffentlichung geschah, so kann schon die bloße Auffassung der Anklageschrift, wenn sie nicht gewisse Fehler vermeidet, sehr bedenklich werden. Zu solchen Fehlern gehören vorzüglich 1) die *Aufnahme einer Geschichtserzählung*, worin alle *Einzelnheiten der Verübung des Verbrechens angeführt werden*. Wer kann in Abrede stellen, daß nach einer noch so langen Voruntersuchung auch die Richter, welche in der Anklagekammer urtheilten, über die Einzelnheiten der Verübung des Verbrechens in Fällen, in welchen kein Geständniß, keine Aussagen von Augenzeugen über die Hauptthatsache vorlagen, wie z. B. im Prozesse gegen Laffarge, gegen Leotade, gegen Bocarmé, gegen Stauf im Prozesse wegen Ermordung der Gräfin Görlitz, nicht einig waren; dennoch zögern die Staatsanwälte nicht, in der Anklageschrift eine oft romantische, mit Interesse gelesene Erzählung auf den Grund einzelner zerstreuter Aussagen, vorzüglich aber als das Ergebniß einer oft sehr lebhaften Phantasie des Staatsanwalts aufzustellen. 2) Ein anderer Fehler ist die Anführung der verschiedenen Beweise, insbesondere der Verdachtsgründe. Man bedenkt dabei nicht, daß nach dem Princip der Mündlichkeit es keine Beweise für die Geschwornen geben darf, als diejenigen, welche in

er Assise durch Vernehmung der Personen, welche etwas
ussagen konnten, von dem Staatsanwalt und dem Ver-
heidiger wie von den Geschwornen befragt werden durften,
en Geschwornen vorlagen, wobei die Art der Aussage,
as Benehmen der Aussagenden eine Hauptrücksicht liefert,
ie bei der Prüfung der Glaubwürdigkeit der Zeugen in
Betrachtung kommt. Wenn aber die in den geheimen nicht
ontrolirten einseitigen, häufig auf Suggestionen und
urch Zudringlichkeiten des Inquirenten ergangenen Zeu-
enaussagen schon als Beweise aufgestellt und daraus
Schlüsse um Verdachtsgründe abzuleiten angenommen
verden, so entsteht daraus ein täuschendes Gewebe
uf trügliche Grundlagen gebaut, von dem Ansehen des
Staatsanwalts gestützt, der so gern sich als den unpar-
teiischen Vertreter des Gesetzes darstellen will: eine solche
Anführung ist geeignet, die Geschwornen irrezuleiten.
) Nicht weniger fehlerhaft ist die häufig vorkommende
Charakterschilderung des Angeklagten, wobei sich der
Staatsanwalt auf Aussagen von Zeugen stützt, welche
m so trüglicher sind, jemehr ihre Aussagen über den
Charakter nur auf Glauben beruhen, besonders in politi-
chen Fällen leicht dem Zeugen selbst unbewußt von Partei-
eidenschaft bestimmt werden. Hier übt die Phantasie des
Staatsanwalts, der von dem Amtseifer nicht selten hinge-
issen wird, wieder leicht eine gefährliche Macht aus, führt
ie öffentliche Meinung irre, und kann den Angeklagten
chwer verletzen, der hier öffentlich verdächtigt, als unwür-
iger Mann öffentlich gebrandmarkt wird, ohne gegen
ine ungerechte immer weiter sich verbreitende, durch amt-
iche Versicherungen glaubwürdig gemachte Schilderung
Schutzmittel zu haben. Wir können versichern, daß ehren-
werthe englische und schottische Juristen mit Unwillen von
er Sitte sprechen, mit welcher in französischen Anklage-
ften oft der Charakter des Angeklagten angegriffen wird.

4) Am schlimmsten wirkt der Fehler in Anklageschriften, die schriftlich in der Voruntersuchung aufgezeichneten Aussagen der Zeugen wörtlich aufzunehmen. Da wir es oben als Fehler erklärten, wenn Beweise und Verdachtsgründe in den Anklageakten angegeben werden, so fällt ohnehin folgerichtig die Nothwendigkeit, Zeugenaussagen anzuführen, weg; allein auch abgesehen davon hat diese Anführung in den Anklageschriften Nachtheil, weil sie die Unbefangenheit der Zeugen bei ihrer Aussage in der mündlichen Verhandlung eben so wie die der Geschwornen gefährden können, um so mehr als in der Regel diese Anführung nur auszugsweise geschieht, indem der Staatsanwalt die Aussagen, so wie es ihm taugt, um dadurch eine gewisse Thatsache zu beweisen, aus dem Zusammenhang reißt und daher leicht einen einseitigen Eindruck auf das Publikum, auf Zeugen und auf die Geschwornen hervorbringen kann und ein Verhältniß herbeiführt, welches selbst im Widerspruche mit der Vorschrift steht, daß die Zeugen aus dem Sitzungszimmer entfernt werden sollen, bis die Reihe sie trifft, damit sie nicht erfahren was andere Zeugen aussagten, während da, wo solche die Zeugenaussagen enthaltende Anklageschriften abgelesen werden, die bei der Vorlesung gewöhnlich gegenwärtigen Zeugen die Auszüge aus den Vernehmungen erfahren.

Wir wollen nun das Ergebniß sorgfältiger Beobachtungen schwurgerichtlicher Verhandlungen in verschiedenen Ländern mittheilen, um die Nachtheile zu zeigen, welche aus den oben bemerkten Fehlern der Anklageschriften sich ergeben.

I. Dahin gehört die dadurch bewirkte unnöthige Ausdehnung der mündlichen Hauptverhandlung. Der Staatsanwalt, der eine bestimmte Art der Verübung des Verbrechens in seinen Einzelnheiten aufgestellt hat, sucht be-

greiflich seine Behauptungen auch zu rechtfertigen, er ladet daher eine große Zahl von Zeugen, die durchaus nicht nöthig gewesen wären, durch welche aber der Staatsanwalt die behaupteten Einzelnheiten beweisen zu können hofft, in die Sitzung; die Vernehmung selbst wird ausgedehnter; die Fragen an den Zeugen werden auf die Einzelnheiten der Anklageschrift gerichtet, der Vertheidiger richtet von seiner Seite die Angriffe gegen die Behauptungen, welche der Staatsanwalt, weil er sie einmal aufgestellt hat, nicht fallen lassen will. — Werden in der Anklageschrift viele Aussagen der Zeugen angeführt, um den schlechten Charakter des Angeklagten zu zeigen, die Behauptung zu rechtfertigen, daß ihm das Verbrechen zugetraut werden könne, so nöthigt dies wieder zur Vorladung vieler Zeugen und zur Ausdehnung der Verhandlungen. Wir berufen uns auf den Prozeß gegen die Ehegatten Bocarmé, und fragen, ob ein solches widerliches Detail aller Liebesgeschichten des Grafen, die Vorladung so vieler Zeugen, die man durch die Befragung in eine sehr unangenehme Lage setzte, nothwendig gewesen wäre. Wir bitten Jeden, der englischen Gerichtsverhandlungen unparteiisch folgte, zu fragen, ob nicht die Einfachheit dieser Verhandlungen, bei welcher nur wichtige Zeugen vorgeladen werden, und der Ankläger nie auf die Weise, wie in Frankreich geschieht, die ganze Lebensgeschichte des Angeklagten zum Gegenstande der Beweisführung macht, einen würdigern Eindruck gemacht und die Ueberzeugung hervorgebracht hat, daß die Geschwornen in England weit schneller und sicherer urtheilen als in Frankreich.

II. Die oben bemerkten Fehler der Angeklagten wirken aber auch nachtheilig auf die Erforschung der Wahrheit durch die Zeugenvernehmung. — Dadurch, daß so viele Einzelnheiten der Verübung des Verbrechens aus der Vor-

untersuchung angeführt, oder selbst Aussagen der Zeugen mitgetheilt werden, tritt der Zeuge nicht unbefangen in die Assise, theils indem die Anklageschrift angiebt, was der Zeuge ausgesagt hat, theils wenn er die Aussagen der übrigen Zeugen kennen lernt. Man weiß, wie wenig die im geheimen Verfahren häufig durch starke Suggestionen und Zudringlichkeiten aufgenommenen Zeugenaussagen Vertrauen verdienen und die abweichenden Aussagen des Zeugen an der öffentlichen Sitzung größtentheils (wir geben gern auch die Mitwirkung andrer Motive zu) daraus sich erklären, daß der Zeuge jetzt unter andern Verhältnissen vorzüglich durch die Fragen des Vertheidigers veranlaßt, weit gewissenhafter und sorgfältiger sich erklärt. Es liegt aber in der menschlichen Natur, daß Personen, die nicht charakterfest und zugleich verständig genug sind, um die schweren Folgen leichtsinniger *Aussagen einzusehen*, und aber auch Pflichtgefühl und Muth genug haben, ungeachtet der oft heftigen Zudringlichkeiten des Staatsanwalts die reine Wahrheit zu sagen, da leicht wankend werden, wenn sie wissen, was andere Personen über die nämliche Thatsache aussagen, so daß der Zeuge oft unwillkürlich seine Aussage nach der anderer Zeugen modificirt, oder da, wo ihm voraus öffentlich durch die Anklageschrift vorgehalten wird, was er in der Voruntersuchung aussagte, den Muth nicht hat, in der Sitzung eine andere Aussage zu machen.

III. Noch schlimmer wird es, wenn in der Anklageschrift wörtlich Aussagen von Zeugen aufgenommen werden, welche dann in die Sitzung nicht geladen werden. Geschieht dies, wie in dem oben angeführten belgischen Falle, so wird dem Angeklagten die gesetzliche Befugniß entzogen, Einwendungen gegen die Person des Zeugen, wenn dieser in der Sitzung erschienen wäre, geltend zu

machen. Der Angeklagte entbehrt dann das gesetzliche Mittel Fragen an die Zeugen zu stellen; wodurch häufig allein die Wahrheit erforscht werden kann. Dem Staatsanwalte wird dadurch eine ungeheure Macht gegeben, er dürfte dann, wenn er nicht wünschte, daß der Zeuge in der Sitzung nicht vom Vertheidiger befragt werde, oder wenn er fürchtet, daß der ängstliche Zeuge in der Sitzung anders aussagen würde als in der Voruntersuchung, nur die Aussagen der Zeugen in der Anklageschrift anführen, aber die Zeugen nicht vorladen. Besonders bedenklich wird die Sitte, Zeugenaussagen in der Anklageschrift anzuführen, wenn von Zeugen die Rede ist, welche das Recht haben, auf die Ablegung des Zeugnisses in der öffentlichen Sitzung zu verzichten [19a]). Die Aussage steht dann doch in der Schrift, die man ja als die Grundlage der Verhandlung betrachtet. Ihren Eindruck auf die Geschwornen wird sie nicht verfehlen, und schwerlich kann man dem belgischen Cassationshofe zustimmen, wenn er deswegen der Einschaltung der Zeugenaussagen für ungefährlich hält, weil ja doch diese Anführung nicht die Formen an sich trägt, die zu einem beweisenden Protokolle gehören; denn es kommt nicht darauf an, ob solche Anführungen r e c h t l i c h vollständig beweisen, sondern darauf, ob sie auf die Geschwornen wirken können; und dies kann Niemand läugnen, welcher erwägt, daß nach französischen und deutschen Gesetzen die Geschwornen angewiesen sind, nach ihrer Ueberzeugung zu entscheiden, auf diese aber die in der Anklageschrift enthaltenen, auf amtliche Protokolle gebauten Zeugenaussagen einen Eindruck zu machen geeignet sind.

19a) Fall dieser Art, wo die in der Voruntersuchung gegen ihren Ehemann aussagende Ehefrau sich weigerte in der Sitzung zu erscheinen, im baier. Sitzungsberichte II. S. 219.

IV. Die von uns gerügte Ausdehnung der Anklageschriften kann aber überhaupt nachtheilig auf die Geschwornen wirken. Der Geist der Geschwornen wird durch die in der Anklageschrift enthaltene Erzählung der Einzelheiten, durch die kunstreiche Zusammenstellung der Beweise und Verdachtsgründe, durch die angeführten Zeugenaussagen leicht so sehr gefesselt und mit vorgefaßter Meinung erfüllt, daß ihnen die nöthige Unbefangenheit fehlt, um die vor ihnen aussagenden Zeugen selbst zu würdigen und daraus die Schlüsse abzuleiten. Ihnen selbst unbewußt wirken die Darstellungen der Anklageschrift auf ihr Gemüth, während die englischen Geschwornen ohne vorgefaßte Meinung die Beweise anhören und prüfen. Die Gesetze gebieten, daß den Geschwornen in das Berathungszimmer keine Urkunden mitgegeben werden sollen, in welchen die in der Voruntersuchung aufgenommenen Aussagen der Zeugen enthalten sind [20]), weil sonst das Princip der Mündlichkeit verletzt würde; wenn aber in der Anklageschrift die Aussagen der Zeugen wörtlich angeführt sind, so wird das gesetzliche Verbot auf eine bedenkliche Weise umgangen; die Geschwornen, die nur an das Ergebniß der Aussagen der in der Sitzung vernommenen allseitig befragten und gehörig controlirten Zeugen sich halten sollen, werden verleitet, auch unwillkürlich durch die in der Anklageschrift aufgezeichneten Zeugnisse sich bestimmen zu lassen.

V. Am meisten kann die fehlerhafte Abfassung der Anklageschriften bei der Fragestellung nachtheilig werden. Nach dem französischen Code art. 337 soll die Frage

20) Wie sehr die deutschen Geschwornen geneigt sind, auf die ihnen in das Berathungszimmer mitgegebenen Aktenstücke Werth zu legen und sich durch sie bestimmen zu lassen, zeigt die Bemerkung in der neuen verdienstlichen Schrift des Hrn. v. Magnan (der selbst längere Zeit Schwurgerichtspräsident war): Blätter aus der Mappe eines Criminalisten. Marburg 1852. S. 140. S. auch dort die Bemerkung des Verf. S. 30.

résultant de l'acte d'accusation gestellt werden, und nach der französischen jurisprudence [21]) sollen die Fragen die accusation purger, also sich an die Anklageschrift halten. Nach dem baierischen Gesetze vom Nov. 1848 §. 173 soll die Hauptfrage alle wesentlichen thatsächlichen Beziehungen aufnehmen, wie sie in der Anklageschrift enthalten sind. Die Anklageschrift soll mit dem Verweisungsurtheil genau übereinstimmen; allein man fühlte wohl in den deutschen Staaten [22]), daß man es nicht zu strenge damit nehmen dürfe, daher die Nichtübereinstimmung kein Grund der Nichtigkeit seyn sollte [23]). Während die meisten Gesetze deutscher Staaten fordern, daß die Hauptfrage auf die Anklageschrift gegründet werde, schreiben andere, z. B. das österreichische [24]), vor, daß die Frage die Merkmale enthalten solle, welche in dem Verweisungserkenntnisse enthalten sind. Ueberall schwebt nun die Idee vor, daß die Anklageschrift den Präsidenten bei der Fragestellung leiten soll. Sobald nun die Anklageschrift Einzelnheiten über die Art der Verübung des Verbrechens aufnimmt, tritt oft der Nachtheil ein, daß in die Frage auch solche Einzelnheiten aufgenommen werden, deren Beifügung die Geschwornen leicht irre führen kann. Namentlich ist dies bei der Anklage wegen Tödtung oft der Fall. Die Geschwornen werden befragt, ob der Angeklagte dadurch, daß er die That so verübte, (nun werden aus der Anklageschrift oder dem Verweisungsurtheile die Einzelnheiten

---

21) Morin Répertoire II. p. 603.

22) Z. B. in Oesterreich. v. Würth Comment. S. 498.

23) Oesterr. Strafprozeß-Ordn. §. 324.

24) Hannov. prov. Gesetz §. 108 fordert ebenfalls, daß die Fragen nach dem Verweisungserkenntniß gestellt werden. Hier hat aber ein neuer Aufsatz im Magazin für hannov. Recht Bd. I. Heft 2. S. 344 eine bedenkliche Theorie aufgestellt, die wir in einem andern Aufsatze prüfen wollen.

angegeben), des Mordes schuldig sey. Die Geschwornen halten nun den Angeklagten für schuldig, aber nicht auf die in der Frage bezeichnete Art; entweder kommen sie nun zu einem Nichtschuldig, weil sie nicht überzeugt sind, daß der A der That, so wie die Frage es bezeichnete, schuldig war; oder es kommt eine Vereinbarung zu Stande mit einer täuschenden Mehrheit, da einige Geschworne eine gewisse Art der Verübung, andere eine völlig davon verschiedene als erwiesen annehmen und doch ihre Stimmen zusammengezählt werden.

Wie wenig überhaupt das Verfahren, nach welchem die Gerichte häufig, ungeachtet die Anklage auf ein anderes Verbrechen gerichtet war, wegen der in der mündlichen Verhandlung herausgestellten Umstände eine ganz andere Anklage unterschieben und darauf Fragen stellen, auf einem richtigen Princip beruht, dem Anklageprincipe widerspricht und oft der Gerechtigkeit der Wahrsprüche schadet, soll in einem folgenden Aufsatze nachgewiesen werden. Hier sey es nur gestattet, noch einen wichtigen mit dem Zwecke dieses Aufsatzes in Verbindung stehenden Punkt zur Sprache zu bringen. — In einem baierischen Schwurgerichte wurde ein Mann, der eine Tödtung verübte, wegen Todtschlags von der Anklagekammer angeklagt und vor das Schwurgericht verwiesen. Der Präsident stellte nach geschlossenen Verhandlungen in Uebereinstimmung mit der Anklageakte die auf das Verbrechen des Todtschlags lautende Frage; der Staatsanwalt aber beantragte wegen der Ergebnisse der öffentlichen Verhandlung die Stellung einer Frage auf das Verbrechen des Mordes. Ungeachtet des Widerspruchs des Vertheidigers

---

25) Wir haben in dem Gerichtssaal 1852, Märzheft S. 231, Fälle angegeben, wo (in Oesterreich) die Aufnahme von Einzelnheiten in die Frage große Schwierigkeiten erzeugte.

beschloß das Gericht die Stellung von zwei Fragen wegen Mordes und nur eventuell wegen Todtschlags; die Geschwornen bejahten die Frage: ob A mit Ueberlegung die Tödtung ausgeführt habe? worauf das Todesurtheil erging. Auf eingelegte Cassation wegen der Fragestellung verwarf der Cassationshof die Nichtigkeit [26]). In den Gründen ward zwar bemerkt, daß der Verweisungsbeschluß das bestimmte Verbrechen angeben muß, worauf sich die Anklage beziehen muß, damit der Angeklagte darnach seine Vertheidigung darauf vorbereiten kann; allein es wird hervorgehoben, daß das Verweisungserkenntniß auf das Ergebniß der Voruntersuchung gebaut sey, für das spätere Enderkenntniß aber nur das in der öffentlichen Sitzung Vorgekommene die Grundlage bilde, also das Verweisungserkenntniß nicht als das allein Maaßgebende für die Fragestellung gelten könne; daß der Grundsatz des Art. 173, nach welchem auf die Ergebnisse der öffentlichen Verhandlung Rücksicht genommen werden soll, ein allgemeiner sey, also auch auf die schwereren Vebrechen passe; daß in dem Falle das Verbrechen das der vorsätzlichen Tödtung war, Mord und Todtschlag nur zwei Arten der nämlichen Gattung wären, und daß die Fassung des Art. 173 mit den Worten: soweit thunlich, darauf deute, daß die Vorschrift keine unumstößliche Norm gebe. — Wir halten diese Ansicht für eine sehr bedenkliche, die ein englischer, schottischer Jurist für den höchsten Widerspruch mit dem Anklageprincip erklären, und auch in Frankreich nicht gebilligt wird [27]). Das Geringste, was der Angeklagte fordern kann, ist, daß man ihn eines bestimmten Verbrechens beschuldige, und daß man bei der

---

26) Sitzungsberichte der baier. Schwurgerichte IV. S. 17.

27) Morin Répertoire II. p. 604.

künftigen Verhandlung, in sofern sonst das Interesse der Vertheidigung gefährdet würde, ebenso wie bei der Urtheilsfällung an die Anklage als die Grundlage sich halte; denn nach der gestellten Anklage richtet der Angeklagte und sein Vertheidiger die Vertheidigung ein; er unterläßt es, wenn die Anklage auf Todtschlag lautet, Zeugen vorzuladen, durch welche er die Abwesenheit des Vorbedachts und der Ueberlegung nachweisen könnte, er berührt (selbst aus Klugheit) in seiner Vertheidigungsrede gar nicht den Punkt, daß der Angeklagte des Mordes nicht schuldig sey, weil darauf keine Anklage gerichtet war. — Wenn nun am Schlusse dennoch die Frage auf Mord nach dem Antrage des Staatsanwalts, der vielleicht früher gar nicht oder nur nebenher vom Morde sprach, gestellt werden dürfte, so könnte es leicht geschehen, daß der Angeklagte wegen eines Verbrechens gerichtet würde, worauf keine Anklage ging und wegen welches er gar nicht vertheidigt wurde. Die Geschwornen könnten leicht überrascht werden und zu einem Wahrspruche kommen auf den Grund einer Verhandlung, von welcher ein englischer Jurist sagen würde, daß sie kein fair trial war. Die Wendung, daß Mord und Todtschlag nun zwei Arten der Tödtung seyen, kann der schlimmen Theorie nicht zu Statten kommen; denn die Vorstellungen von Gattungsverbrechen und Arten sind doctrinelle Ausdrücke; für den Gesetzgeber und Richter giebt es nur einzelne Verbrechen, die unter besondern Strafgesetzen stehen. Mord und Todtschlag sind scharf von einander und gesetzlich bedeutend genug geschieden, da nur bei dem Morde die Todesstrafe eintritt. Diebstahl und Raub sind auch Arten der Entwendung, und doch wird man bei dem des Diebstahls Angeklagten nicht hinterher eine Frage wegen Raubes stellen lassen. Die Tödtung aus Fahrlässigkeit ist auch eine Art der Tödtung überhaupt; Niemand aber wird, wenn die

Anklage auf fahrlässige Tödtung lautete, am Schlusse der Verhandlung die Frage wegen vorsätzlicher Tödtung gestatten [28]).

---

28) Die österr. Strafprozeß-Ordn. §. 330 bestimmt, daß, wenn aus der Verhandlung erhellt, daß die dem Angeklagten zur Last fallende Handlung ein Verbrechen anderer Gattung begründet, welches mit gleicher oder schwererer Strafe belegt ist, als das in der Anklage bezeichnete, so ist hierüber eine Zusatzfrage nur zu stellen, wenn der Staatsanwalt und der Angeklagte einverstanden sind, daß über dies andere Verbrechen sofort das Urtheil Statt finde. v. Würth in seinem Comment. S. 570 erklärt, daß diese Stelle sich auch auf den Fall bezieht, wo aus der über Todtschlag geführten Verhandlung sich ergiebt, daß Mord vorhanden sey.

Gebauer-Schwetschke'sche Buchdruckerei in Halle.

Druckfehler

in dem Aufsatze Nr. XXII des Jahrgangs 1851.

S. 499 Z. 12 v. oben soll es heißen: wohl statt nicht
— 499 — 8 v. unten = = = anlangt st. verlangt
— 500 — 3 u. 10 v. o. = = = jeweils st. jemals
— 502 Note 7 Z. 4 v. o. = = = schwörer st. schwören
— 504 Z. 13 v. o. = = = milder st. mildere,
— 505 Note 13 = = = parlarla st. parlata und difficile st. defficile
— 506 Z. 14 v. o. = = = Betrachtungen st. Ber thungen
— 507 — 3 v. o. = = = Regel st. Siegel
— 507 — 17 v. o. = = = ja st. sie
— 507 — 19 v. o. muß das Wort darstellen wegbleiben.
— 508 — 13 v. o. soll es heißen besonders st. besonde
— 512 — 8 v. o. = = = dies st. das
— 512 — 13 v. u. = = = jene st. seine
— 515 — 5 v. o. = = = Subjectiven st. subjectiven
— 515 — 6 v. o. = = = mußte st. müsse
— 515 — 10 v. u. = = = ein st. nur
— 518 Not. 22 — 4 v. o. = = = auch st. noch
— 519 Not. 23 — 2 v. u. = = = Art. 137 st. §. 13.
— 520 Z. 7 v. o. = = = welcher st. welches
— 525 — 14 v. o. = = = der st. als
— 532 — 6 v. o. = = = straflos st. strafbar
— 532 — 7 v. u. bleiben die Worte: „bezüglich des speciellen Verbrechens, falls er" weg.
— 533 — 6 v. o. bleibt „als" weg.

Inhalt.

Erstes Stück.

Zweites Stück.

Drittes Stück.

Viertes Stück.

XIX.

Das Vergehen
der Aneignung verlorner Sachen
mit Rücksicht
auf neue Gesetzgebungen und Rechtsprechung.

Von

Mittermaier.

Die Vergleichung der neuen Gesetzgebungen und der Rechtsprechung in verschiedenen Ländern in Bezug auf Fälle der Aneignung gefundener Sachen zeigt einen auffallenden Mangel gleichförmiger, eine gerechte Bestrafung sichernder Grundsätze in Bezug auf die Beurtheilung des Vergehens. Es zeigt sich nicht selten ein Widerspruch der Ansichten der Gesetzgeber und Richter, so daß die Strafgesetze und Strafurtheile häufig nicht mit den Verhältnissen des Lebens und dem Volksrechtsbewußtseyn im Einklang stehen.

Vorzüglich tritt auch hier der so oft in den neuen Gesetzgebungen bemerkbare Fehler hervor, daß der Gesetzgeber die verschiedenartigsten Fälle gewaltsam unter einen Gesichtspunkt bringt, oder die Tragweite der Fassung seiner Gesetze selbst nicht gehörig erwägt, weil er sich nicht die Mannigfaltigkeit der möglicherweise vorkommenden Fälle klar macht, oder in einem verderblichen Haschen nach einer gewissen systematischen Anordnung der Straf=

gesetze im Gesetzbuche die Aneignung gefundener Sachen unter den Begriff eines andern Verbrechens zu bringen sucht, statt zu erkennen, daß hier ein eigenthümliches Vergehen vorliegt. Nicht weniger wird hier der Fehler neuer Gesetzgeber bemerkbar, die Rechtsanwendung von gewissen Merkmalen abhängig zu machen, die weder gerechte noch Vertrauen erweckende Entscheidungen sichern. In neuerer Zeit hat sich Walther[1]) das Verdienst erworben, in seiner tüchtigen Schrift durch eine gute historische Erörterung, eine feine Zergliederung der einschlägigen Gesetzesstellen und eine scharfsinnige Prüfung der verschiedenen Ansichten der Schriftsteller und der Gesetzbücher zur Aufhellung der Lehre von dem sogenannten Funddiebstahle Vieles beigetragen zu haben. Betrachtet man das Ergebniß der Rechtsprechung in den Ländern des gemeinen Rechts, so kann als anerkannt angenommen werden[2]), daß die Aneignung gefundener Sachen weder als Diebstahl noch als Unterschlagung (im Sinne des art. 170 C. C. C.) bestraft werden kann, daß aber die Handlung strafwürdig sey, jedoch auf jeden Fall geringer als der Diebstahl. Man half sich nun auf verschiedene Weise, z. B. auf ähnliche Art, wie in Italien, wo die Rechtsprechung ein sogenanntes furtum improprium annahm[3]). Eine unklar vorschwebende Vorstellung, daß es Fälle gebe, in welchen Jemand sich rechtswidrig zum Schaden eines Andern fremde Sachen anmaßt, ohne daß die Handlung unter das furtum, wie es in der Rechtsprechung anerkannt war, gestellt werden kann, die Nachwirkung germanischer Rechtsansichten, die in Italien durch den Sieg

1) Ueber den Funddiebstahl. München 1848.

2) Literarische Nachweisungen in meiner Note IV zu §. 3[illegible] von Feuerbach's Lehrbuch.

3) Am besten entwickelt in Giuliani Istitutioni di diritto criminale. Macerata 1841. Vol. II. p. 435.

des römischen Rechts verdrängt wurden, insbesondere daß der Diebstahl eine Verletzung fremder Gewere sey, daher fordert, daß die Entziehung der Sache aus fremder Innehabung gefordert werde, veranlaßte die Praktiker auf ähnliche Art, wie man in Deutschland im Gegensatze von Diebstahl die Unterschlagung annahm, und in Frankreich von abus de confiance sprach, ein furtum improprium aufzustellen, und dahin auch die Aneignung gefundener Sachen zu zählen [4]). Dieser Ansicht liegt die italienische Rechtsprechung in allen Ländern zum Grunde, in welchen keine besonderen Strafgesetze gelten [5]). In anderen Ländern, z. B. in Deutschland, kam die Rechtsübung dazu, die Aneignung des Fundes der Unterschlagung im weitern Sinne gleichzustellen und eine mäßige Strafe auszusprechen [6]). Andere Gerichte straften nach der beliebten Art außerordentlicher Bestrafung die Handlung mit mäßiger Strafe [7]).

Betrachtet man die neueste Gesetzgebung, über die in Frage stehende Handlung, so sucht man vergebens eine Gleichförmigkeit der leitenden Grundsätze. A) Eine Klasse bilden diejenigen, welche keine Strafvorschrift über Aneignung des Fundes enthalten. Dahin gehört vorerst das

4) Giuliani p. 443 macht die Unterscheidung, ob der Finder Kenntniß vom Eigenthümer der Sache hatte oder doch leicht haben konnte, oder ob dies nicht der Fall war. Nur in dem Falle der ersten Art sollte die Aneignung furto improprio, im letzten Falle Polizeiübertretung (wegen unterlassener Anzeige) seyn.

5) Buonafanti Manuale teor. prat. di diritto patrio. Pisa 1848. I. p. 34. In Toskana erging ein Gesetz vom 3. Juni 1819, welches die Strafe des furto improprio für Aneignung des Fundes ausspricht.

6) Z. B. in Sachsen: Triller de variis furtor. gener. §. 9. 14. Tittmann Handbuch Theil II. S. 524. Man machte wieder verschiedene Unterscheidungen.

7) Pfeiffer prakt. Ausführungen II. S. 457.

französische Strafgesetzbuch. Es zeigt sich hier der auf die Rechtsanwendung so häufig nachtheilig wirkende Fehler, mit einer unbestimmten nichtssagenden Bezeichnung des Verbrechens sich zu begnügen. Dies ist der Fall bei der Bezeichnung des Diebstahls, nach welcher derjenige des vol schuldig erklärt wird, welcher (nach art. 379 Code) une chose, qui ne lui appartient pas, frauduleusement soustrait. Die Unbestimmtheit dieser Bezeichnung hindert die Ausbildung eines klaren Rechtsbewußtseyns über das was nach französischem Rechte Diebstahl ist, und erzeugt einen Mangel der Gleichförmigkeit der Rechtsprechung. Diejenigen, welche diese Gleichförmigkeit von dem Cassationshofe erwarten, befinden sich in großem Irrthum und verkennen die Eigenthümlichkeit dieser Rechtsprechung. Niemand kann läugnen, daß die Rechtssprüche des Cassationshofs allerdings zur Verständigung, wie gewisse Rechtsfragen zu entscheiden sind, vielfach beigetragen haben und die Rechtssprüche eine Masse geistreicher Ansichten enthalten; allein eben so gewiß ist, daß die Neigung der französischen Gerichte auch hier Einfluß übte, manche Handlungen, welche im Gesetze nicht mit Strafe bedroht sind, die man aber doch nicht als straflos erklären möchte, oft gewaltsam unter ein Strafgesetz zu bringen, das eigentlich nach dem Volksrechtsbewußtseyn nicht auf die Handlung paßt, und daß der Cassationshof in seinen Entscheidungsgründen oft zwar sehr scharfsinnige und im ersten Augenblicke blendende Unterscheidungen anwendet, welche bei näherer Prüfung auf keiner wahren rechtlichen Grundlage beruhen. Die Lehre von der Aneignung gefundener Sachen liefert ein Beispiel [8]). Man

---

8) In der französ. Rechtsprechung vor dem Code gab es wohl Juristen, welche die Aneignung des Fundes als Diebstahl erklärten; allein schon Jousse traité de la justice criminelle IV. p. 173 bemerkt, daß man die Unterscheidungen von

wollte die Handlung nicht straflos erklären, da keine anderen Gesetze bestanden, und so bot die unbestimmt gefaßte Vorschrift über vol einen Ausweg, die Handlung dahin zu rechnen; weil aber der richtige praktische Sinn wohl fühlte, daß in vielen Fällen es unpassend seyn würde, wenn man denjenigen, welcher eine gefundene Sache behält, als Dieb bestrafen wollte, so mußten Unterscheidungen ersonnen werden. Man kam vorzüglich zur Unterscheidung, ob derjenige, welcher eine gefundene Sache sogleich bei der Aufnahme mit der Absicht sich die Sache anzueignen nimmt, oder ob erst später der Entschluß die Sache zu behalten hinzukommt. Im ersten Falle sollte die Handlung Diebstahl seyn [9]), im zweiten nicht [10]); jedoch nahm man auch im letzten Falle vol an [11]), wenn aus dem spätern Benehmen, z. B. dem lügenhaften Abläugnen des Besitzes, der Schluß gezogen werden kann, daß der Thäter schon ursprünglich die Absicht hatte sich die Sache anzueignen [12]). Die neueste Entscheidung über einen Fall der Aneignung gefundener Sachen ist die vom 2. Mai 1846 [13]), nach welcher der Cassationshof Diebstahl bei demjenigen annahm, welcher eine Brieftasche mit Bankbillets, die in einem Gewölbe von einem Käufer liegen gelassen wurde, fand, sich aneignete und lügen-

---

Farinacius Qu. 168. nr. 67 angenommen habe, ob die Sache auf einer Straße oder öffentlichem Platze gefunden war und der Wegnehmende den Eigenthümer nicht kannte, oder ob Jemand eine Sache, die er im Hause eines Andern findet, wegnimmt.

9) Arrêt vom 4. Avril 1823 u. 9. Août 1833.

10) Arrêt vom 2. Août 1816, 5. Juin 1817.

11) Arrêt vom 17. Avril 1839.

12) Hélie Théorie du Code pénal VI. p. 554. Morin Répertoire II. p. 843.

13) Journal du droit criminel 1847. p. 122.

hafte Erklärungen sich erlaubte. — Schon Hélie[14]) hatte ausführlich die Grundlosigkeit der vom Cassationshofe aufgestellten Unterscheidung nachgewiesen, deren Unwerth wir unten zeigen werden. Es ist merkwürdig, daß auch die Mehrzahl der ausgezeichnetsten französischen Schriftsteller [15]) anerkennt, daß die Aneignung des Fundes nicht als Diebstahl behandelt werden darf, und die Rechtssprüche des Cassationshofes darüber auf keiner rechtlichen Grundlage beruhen. Es erklärt sich daraus leicht, daß in Ländern, in welchen das französische Strafgesetzbuch im Wesentlichen zum Grunde gelegt, aber verbessert wurde, z. B. in Sardinien, die Aneignung des Fundes als eine Art von Betrug (truffa) mit einer besondern Strafe bedroht [16]), oder doch, wenn auch dem Diebstahle gleichgestellt, nur unter besondern Bedingungen Strafe droht[17]), oder als Unterschlagung besonders hervorgerufen, aber mit einer geringeren Strafe als dieser bedroht wurde [18]).

---

14) **Hélie** l. c. p. 560.

15) **Carnot**, **Rauter**, **Bourguignon**, **Legraverend**, **Duvergier** werden von **Nypels** in seiner Ausgabe von **Hélie** Théorie du Code pénal II. p. 336 — 338 angeführt.

16) Im Codice pénale di Sardegna art. 683 wird bestimmt, daß derjenige welcher, wenn er Sachen gefunden hat, nicht die im Codice civile art. 686 vorgeschriebene Anzeige macht, wenn der Werth der Sachen mehr als 2 Lire beträgt, aber nicht 30 übersteigt, mit der Strafe des Doppelten des Werthes, und wenn die Sache über 30 Lire werth ist, mit Gefängniß bis 6 Monaten bestraft werden soll, wenn er nicht dem Eigenthümer die Sache zurückgiebt oder ihn entschädigt.

17) Im Codice de Parma art. 446 wird die Strafe des Diebstahls erkannt (allein wenn der Werth unter 20 Lire beträgt, nur mit Strafe des doppelten Ersatzes), wenn der Finder nicht binnen 3 Tagen, vom Finden an, die Sache dem Gemeindevorstand anzeigt.

18) Z. B. in einem Entwurfe des toskanischen Gesetzbuchs art. 481. Das Gesetz stellt eine Vermuthung der Absicht der Aneignung auf, wenn der Finder die Sache nicht binnen 2 Tagen bei dem Gerichte hinterlegt.

B) Eine zweite Klasse von Gesetzen bilden diejenigen, welche die Strafe des Diebstahls drohen, wenn der Finder einer verlornen Sache, um sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, dem sich meldenden Eigenthümer oder Verlierer der Sache vorenthält oder innerhalb acht Tagen seinen Fund weder der Obrigkeit anzeigt, noch dem Publikum bekannt macht. In diese Klasse gehört das baierische und oldenburgische Gesetzbuch[19]). Die Erfahrung in Baiern hat gelehrt, daß diese Vorschrift sich schlecht bewährte; die Ueberzeugung denkender Juristen war allgemein[20]), daß die Aneignung gefundener Sachen kein Diebstahl, aber auch keine wahre Unterschlagung sey; in der Anwendung erzeugte die baierische Vorschrift vielfache Streitigkeiten[21]), man verletzte das Volksrechtsbewußtseyn, indem die Gerichte Handlungen, die von einer großen Zahl (eigentlich Unterlassungen) von rechtlichen Menschen ebenso verübt worden wären[22]), als Diebstähle strafen müßten[23]). Man kam zu einer unseligen Vermuthung des Dolus, indem man aus der Nichtanzeige des Fundes innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Zeit, oder aus Handlungen oder Unterlassungen, die nach den Lebensverhältnissen oft weit einfacher aus Gleichgültigkeit sich erklären und nicht nothwendig auf bösen Vorsatz deuten, den Dolus gesetzlich

---

19) Baier. Strafg. §. 212. Oldenburg. 217. In Oldenburg erklärt eine Verordn. vom 11. Oct. 1821, daß es heißen soll: wird wie ein Dieb bestraft — während nach der baier. Fassung: ist des Diebstahls schuldig, die Handlung als wahrer Diebstahl anerkannt wird.

20) Blätter für Rechtsanwendung 1838. S. 212.

21) Schon der baier. Entwurf von 1822 stellt den sogenannten Funddiebstahl unter die Unterschlagung.

22) Blätter für Rechtsanwendung a. a. O. S. 249.

23) Fälle dieser Art in meiner Schrift: die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung II. S. 44.

vermuthete und den Richter wegen Diebstahls zu strafen nöthigte, wenn nicht ein oft schwieriger Gegenbeweis geführt werden konnte [24]). Man straft hier eigentlich in vielen Fällen einen culposen Diebstahl [25]).

C) Eine dritte Klasse der Gesetzbücher bilden diejenigen, welche die Aneignung des Fundes nicht mehr als Diebstahl aufstellten oder doch demselben gleichachteten, sondern der allmählig mehr verbreiteten Ansicht sich näherten, diese Aneignung als eine Art von Unterschlagung aufzustellen. Die Ansicht des baierischen Gesetzbuchs wirkte oft unbewußt noch ein; aber man fühlte, daß der Gesetzgeber, um grundlose Untersuchungen zu entfernen, die Strafbarkeit der Aneignung des Fundes begränzen und nur unter gewissen Voraussetzungen anerkennen dürfe, auf jeden Fall die Handlung mit geringerer Strafe bedrohen müsse; die Auffassungsweise in den Gesetzbüchern war aber verschieden. Das sächsische Gesetzbuch (Art. 241) hob die Vorenthaltung des Gefundenen [26]) als ein besonderes Vergehen hervor, unterschied zwei Fälle, drohte für den schwereren Fall die Hälfte der Diebstahlsstrafe, machte die Bestrafung von der Nichtanzeige oder Nichtablieferung an den Eigenthümer, und von der Unterlassung der nöthigen Handlungen binnen 4 Wochen und von dem Werthe des Gefundenen [27]) abhängig. Die Erfahrung [28]) lehrte,

---

24) Gut Arnold im Archiv des Criminalr. 1843. S. 586.

25) Wer vergaß, vor Ablauf der 8 Tage anzuzeigen, mußte als Dieb gelten.

26) Es war dies ein in der sächsischen Praxis üblicher Ausdruck, der im Gegensatze von Veruntrauung und Unterschlagung gebraucht wurde.

27) Es soll die Strafe davon abhängen, ob der Werth über einen Thaler beträgt.

28) Schwarze und Heyne's Untersuchungen prakt. Materien S. 165. Blöde in neuen Jahrb. für sächs. Strafrecht Bd. I. Hft. 2. S. 24. Held Criminalgesetzbuch von Sachsen S. 333 fg. Busch sächs. Criminalgesetzb. S. 282.

daß die Vorschrift zu verwickelt, nicht klar war und zu unpassenden Entscheidungen führte[29]). Das thüringische Gesetzbuch (Art. 235) schloß sich im Wesentlichen dem k. sächsischen Gesetzbuche an, nur war die Fassung klarer; da jedoch der Begriff des Diebstahls im k. sächsischen Gesetzbuche anders gefaßt ist als in dem thüringischen, so mußte dies in den Fällen, in welchen die Frage schwierig ist, ob Diebstahl oder Aneignung des Fundes vorliegt, zu einer verschiedenen Entscheidung nach beiden Gesetzbüchern führen[30]). Ueberhaupt kann die richtige Auffassung der Aneignung des Fundes in einem Gesetzbuche nicht beurtheilt werden, wenn man nicht zugleich damit die Begriffsbestimmungen von Diebstahl und Unterschlagung in diesen Gesetzbüchern vergleicht. Das würtembergische Gesetzbuch (Art. 384) hatte die Aneignung des Fundes unter die Unterschlagung gestellt, vereinfachte die Vorschrift, indem es nicht mehr wie das baierische von gewissen Handlungen oder Unterlassungen die Strafe abhängig machte, sondern nur widerrechtliches Zueignen des Fundes forderte; indem aber der Art. 348 auf 344 (also auf die Begriffsbestimmung von Unterschlagung) verweist, scheint er die im Art. 344 als Arten der widerrechtlichen Zueignung des Fundes anzuwenden. Der Art. 348 bezieht sich nur auf Fälle[31]), wo der Werth der gefundenen Sache mehr als 5 Fl. beträgt; daß in dem Falle eine geringere Verschuldung als bei der Unterschlagung liegt, wird anerkannt, daß die Strafe auf die

29) Merkwürdige Fälle dieser Art sind angeführt, im Wochenblatt für Strafrechtspflege in Thüringen 1851. S. 11. und 1852. S. 212.

30) Wir werden dies unten bei der Zergliederung einzelner vorgekommener Fälle nachweisen.

31) Das Polizeistrafgesetzbuch Art. 58 droht Polizeistrafen für den bloßen Fall (also ohne widerrechtliche Anregung), wo der Finder nicht binnen 14 Tagen die Sache zurückgiebt oder den Fund öffentlich anzeigt.

Hälfte herabgesetzt werden soll [32]). Bei der Abfassung des badischen Gesetzbuchs zeigt sich, wie die Strafbestimmung des Art. 407, der von der Aneignung des Fundes handelt [33]), aus einem Widerstreite von Ansichten hervorging. Während in der Gesetzkommission mehrere Mitglieder in Abrede stellten, daß eine Unterschlagung hier vorliege (die man auf Zueignung anvertrauten Gutes beschränken wollte), vereinigte man sich den Fall besonders hervorzuheben, zwar als Art der Unterschlagung (gleichsam im weitern Sinne) aufzustellen, aber dadurch der milderen Ansicht Rechnung zu tragen, daß man die Strafen der Unterschlagung herabsetzte und, um alle Zweifel zu beseitigen, die verschiedenen Handlungen, in welchen das Gesetz eine widerrechtliche Unterschlagung des Fundes erkennt, genau im Gesetze bezeichnete.

In allen neuen Gesetzen deutscher Staaten zeigt sich immer die Grundrichtung, die Aneignung der gefundenen Sachen als eine Art der Unterschlagung zu erklären, und in einer wenn auch dem Gesetzgeber nicht klar bewußten Ansicht von der durch das baierische Gesetzbuch hereingezogenen Vermuthung der bösen Absicht an das Daseyn gewisser Umstände die gesetzliche Vermuthung böser Absicht

32) Erfahrungen über den Werth gesetzlicher Vorschriften in Hufnagel Comm. II. S. 477. III. S. 472. Hepp in diesem Archive 1850. S. 596.

33) Das Gesetz bestimmt: Wer eine fremde Sache findet oder sonst zufällig in ihren Besitz kommt, und sie nicht öffentlich anzeigt, ist der Unterschlagung schuldig; die Strafe ist aber geringer als bei der Unterschlagung, hängt jedoch davon ab, ob unter 25 Fl. oder über 25, aber unter 300 Fl. oder über 300 Fl. der Fund betrug. Die Voraussetzungen, unter welchen Strafe hier eintritt, sind weitläufig in 3 Nummern angegeben, und nach Nr. 3 ist Strafe auch gedroht, wenn der Finder nur den Fund der Obrigkeit nicht anzeigt oder öffentlich bekannt macht, oder vor Ablauf von 3 Monaten von diesen Anzeigen die Sache verbraucht, veräußert und den zur Zurückforderung Berechtigten nicht auf Anfordern zufrieden zu stellen vermögend ist.

zu knüpfen; die Gesetzgeber fühlten aber wenigstens das Bedürfniß, durch Andeutungen im Gesetzbuche die Führung des Entschuldigungsbeweises zu erleichtern. Auf diese Art erklärt sich das großherzogl. hessische Strafgesetzbuch [34]). Man wollte den Gegenstand der Aneignung des Fundes bestimmter bezeichnen, indem man die subjective Auffassung des Thäters entscheiden ließ [35]), erklärte aber die Fundaneignung als wahre Unterschlagung, wenn der Finder den Besitz dem Eigenthümer verschweigt, oder nachdem ihm der Eigenthümer oder Verlierer nach erlassener öffentlicher Aufforderung oder auf andere Art bekannt geworden, die Zurückerstattung oder Anzeige unterläßt, ohne Entschuldigungsgründe nachzeigen zu können, welche jede rechtswidrige Absicht beseitigen. Man sieht, daß das Gesetz eine rechtswidrige Absicht voraussetzt, wenn die Fundaneignung bestraft werden soll [37]).

---

34) Art. 381; hiezu Bopp Handbuch der Criminalgesetzgebung in Hessen S. 182.

35) Es heißt: Wer eine Sache findet oder zufällig in deren Besitz kommt, von der er vernünftigerweise nicht annehmen konnte, daß sie der Eigenthümer aufgegeben habe.

36) Als vollgültige Entschuldigung ist (nach den Schlußworten des Artikels) insbesondere zu betrachten, wenn der Obrigkeit von dem Finden oder dem Besitzerlangen des verlornen Gegenstandes vor einem Einschreiten der Behörden Anzeige gemacht wurde.

37) Das Gesetz ist nicht klar, weil man nicht erkennt, wie der Gesetzgeber die gesetzliche Vermuthung betrachtet, welche er schon an die Nichtanzeige knüpft. Der Cassationshof in Darmstadt hat (nach einer Mittheilung bei Bopp S. 182 in der Note) die mildere Ansicht aufgestellt, indem er selbst in einem Falle, in welchem der Finder die gefundene Sache veräußerte, doch nicht Strafe annahm, weil der Finder dem Eigenthümer das Recht vorbehalten, die Sache wieder an sich zu ziehen, sobald die von ihm (dem Finder) beanspruchte Entschädigung regulirt seyn werde.

Einfacher hatte das hannoversche Strafgesetzbuch die Handlung aufgefaßt. Die Aneignung des Fundes wurde zwar ebenfalls unter das Kapitel „Von der Unterschlagung" gestellt, allein als eigenes Vergehen durch die Bezeichnung (im Art. 305): macht sich der Unterschlagung gefundener Sachen schuldig; die Bezeichnung des Gegenstandes war wie im hessischen Gesetzbuche gewählt; allein mit einer allgemeinern Fassung, welche ausdrücken sollte, daß da, wo der Finder vernünftigerweise annehmen konnte, die Sache sey verloren, das Vergehen ausgeschlossen werden sollte [38]). Nach der Bemerkung des scharfsinnigen Commentators zu dem Gesetzbuche [39]) sollte das Merkmal „verloren" im Sinne des gemeinen Sprachgebrauchs, nicht im streng civilistischen Sinne genommen werden. Statt einer bedenklichen Aufzählung der einzelnen Begehungsarten wählt der Gesetzgeber *den einfachen* Ausdruck: Wer sich solche (die Sache) rechtswidrig zueignet; leider wird aber der Gesetzgeber wieder seinem Vorsatze untreu, indem er ein Ueberbleibsel der baierischen praesumtio doli aufnimmt [39 a]). Noch einfacher hat das neueste Gesetzbuch, das preußische [40]), die Fundaneig-

---

38) Im hessischen Gesetzb. heißt es: Wer eine Sache findet oder zufällig in deren Besitz kommt, von der er vernünftigerweise annehmen konnte ꝛc.; im hannoverschen Gesetzbuche heißt es: Wer eine Sache findet, von der er vernünftigerweise annehmen konnte ꝛc. Auf jeden Fall ist die Fassung in Hannover besser.

39) Leonhardt Comment. über das Criminalgesetzb. S. 372.

39 a) Es heißt im Art. 305: Die Absicht der Unterschlagung ist in Ermanglung hinreichend starker Gegenanzeigen für erwiesen anzunehmen, wenn seit dem Funde 14 Tage verstrichen sind, ohne daß der Finder davon die Ortsvorsteher, die Obrigkeit oder das Publikum in Kenntniß gesetzt hat. — Auch hier rügt Hr. Leonhardt S. 374 sehr gut, daß dieser Nachsatz eine Anomalie enthält.

40) Es heißt im Art. 226: Einer Unterschlagung wird gleichgeachtet, wenn derjenige, welcher eine fremde bewegliche Sache

nung aufgefaßt. Nachdem die früheren Entwürfe schon den Ausdruck enthielten: einer Unterschlagung wird gleichgeachtet, so wurde auch im neuen Gesetzbuche dieser Ausdruck beibehalten, ungeachtet die Commission richtig bemerkt hatte, daß bei der Unterschlagung der Mißbrauch des Vertrauens entscheide, was bei der Fundaneignung nicht vorliege. Die im Entwurfe von 1847 vorkommenden Worte: dieselbe dem Eigenthümer zu entziehen sucht, wurden weggelassen, weil dadurch der Thatbestand des vollendeten und versuchten Verbrechens vermischt würde. Aus den Verhandlungen ergiebt sich noch [41]), daß man nicht das Nichtabliefern der gefundenen Sache, sondern nur die wirkliche Disposition über dieselbe unter Strafe gestellt hat. Man hatte daher nur (wie wir glauben mit dem Charakter des preußischen Gesetzbuchs, worin so ängstlich jede Specialisirung vermieden ist, im Widerspruche stehende) Aufzählung der Handlungen aufgenommen, im welchen das Gesetz die rechtswidrige Zueignung findet und dabei sehr verschiedenartige Fälle durch einander wirft [42]). Die im Gesetze aufgenommenen Worte: zum Nachtheile des Eigenthümers, sind freilich unbestimmt, sollten aber

gefunden oder durch Zufall in seine Gewahrsam bekommen hat, dieselbe zum Nachtheile des Eigenthümers, Besitzers oder Innehabers veräußert, verpfändet, verbraucht oder bei Seite schafft, oder die Gewahrsam desselben der Obrigkeit wider besseres Wissen abläugnet.

41) Nämlich aus dem Berichte der Commission der zweiten Kammer. Beseler Commentar S. 432.

42) Z. B. wenn auch das Verbrauchen als Unterschlagungshandlung erklärt wird. Jemand hatte ein kleines Körbchen Pfirsichen auf der Landstraße gefunden, zu sich genommen, offen von seinem Funde mit andern Leuten gesprochen, am dritten Tage aber, da die Pfirsichen zu faulen anfingen, das Obst verzehrt. Als der Eigenthümer sich meldete, erklärte er sich bereit das Obst zu bezahlen; da aber der Verlierende zuviel forderte, so kam es zum Streite.

(nach der Ansicht der Commission der ersten Kammer) anzudeuten, daß es auf einen, auf den Vortheil des Handelnden und in soweit auch auf den Nachtheil des Eigenthümers gerichteten, die Handlung hervorrufenden oder doch sie begleitenden Dolus ankomme.

D) Eine eigene Klasse bilden die Gesetzgebungen, welche die Fundaneignung als Art des Betrugs aufstellen. Dahin gehört das Strafgesetzbuch für Oesterreich, welches [43]) denjenigen des Betrugs schuldig erklärt, welcher gefundene oder ihm irrthümlich zugekommene Sachen geflissentlich verhehlt und sich zueignet. Beträgt die Summe mehr als 25 Gulden, so ist die Handlung ein Verbrechen, sonst eine schwere Polizeiübertretung. Es reiht sich diese Vorschrift an die ausführlichen Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs [44]) über die Erwerbsart des Finders an, wo auch die Unterlassung gewisser auf öffentliche Bekanntmachung abzielender Vorschriften mit Verlust des Finderlohns bedroht ist [45]).

Es mag unseren Lesern nicht ohne Interesse seyn, auch die Rechtsansichten der englischen und nordamerikanischen Gesetzgebung und Rechtsprechung kennen zu lernen. Die ältere Ansicht ging entschieden dahin, daß im Falle der Aneignung des Fundes, selbst wenn animus furandi vorhanden war, kein Diebstahl angenommen wurde [46]).

43) Gesetzbuch von 1852. Art. 201. lit. e. und §. 461.

44) Bürgerliches Gesetzbuch Art. 388 bis 395. Darüber gut Winiwarter das österreich. bürgerl. Recht Th. II. S. 158 — 164.

45) Wenn die gefundene Sache weniger als einen Gulden beträgt, so verlangt das Gesetz nicht einmal eine öffentliche Bekanntmachung.

46) Hale Pleas of the Crown I. p. 308. Hawkins Pleas cap. 33. sect. 2.

Die spätere Rechtsübung kam aber zu mancherlei Unterscheidungen [47]), vorzüglich mit der Richtung, wo der Finder ernstlich glaubte oder glauben konnte, daß die ergriffene Sache von dem Berechtigten verloren sey und wo die Wegnahme der Sache nicht blos der Deckmantel und Vorwand diebischer Aneignung ist, z. B. wenn nach der Beschaffenheit des Platzes, wo die Sache getroffen ist, angenommen werden durfte, daß der Berechtigte sie dahin gelegt hatte [48]). Vorzüglich kam die Frage oft zur Sprache bei Kutschern, in deren Kutschen Sachen liegen blieben, welche den Personen gehörten, die in den Kutschen fuhren. Hier kommt es darauf an, ob der Kutscher wissen konnte, wem die liegen gebliebene Sache gehörte. Konnte dies angenommen werden, so wurde der Thäter wegen Diebstahls bestraft. In einem Falle, wo ein Reisender ein Kästchen, daß mit Stricken umhüllt war, bei dem Abladen vergaß, wo später das Kästchen geöffnet in dem Hause eines Juden, dem es der Kutscher brachte, gefunden wurde, und mehrere Sachen herausgenommen waren, machte der Richter die Geschwornen aufmerksam, daß sie prüfen müßten, ob der Kutscher nur aus reiner Neugierde von dem Kästchen die Stricke weggenommen oder in der Absicht es gethan habe, Sachen herauszunehmen und zu unterschlagen. Die Geschwornen erklärten den Angeklagten schuldig des Diebstahls, und die Mehrheit der 12 Richter, an welche der Fall gebracht wurde, fanden die Beurtheilung wohl begründet [49]). Aus der neuesten Zeit führen wir zwei Fälle der Rechtsprechung an. In

---

47) Russel on crimes Vol. II. p. 100.

48) Z. B. wenn der Dienstbote im Hause seines Herrn eine Börse findet.

49) East Pleas of the Crown II. p. 664 sq. Andere Fälle in Russel p. 103.

einem Falle [50]) war Jemand angeklagt, eine Börse mit Geld, die in einem Wirthshause ein Anderer liegen ließ, sich angeeignet zu haben. Es zeigte sich, daß der Angeklagte im Wirthshause eingeschlafen war und bei dem Erwachen die Börse fand. Als er vom Polizeibeamten befragt wurde, erklärte er, daß ihm die Börse gehörte und daß er das Geld in seine Börse steckte. Wahrscheinlich befand sich damals der Angeklagte in halbschlafendem Zustande. Die Zeugen gaben ihm das beste Lob. Der Richter bemerkte in seiner charge, daß er wünsche, das Volk möge von seiner Vorstellung abgebracht werden, daß man gefundene Sachen sich aneignen dürfe. Wer dies thäte, sey der Felonie schuldig. Die Geschwornen erklärten: der felony schuldig, empfahlen aber to mercy. Der Richter erkannte 4 Tage Gefängniß. In einem Falle (in Birmingham) wurde ein Mann, der eine Banknote *gefunden* hatte und sie wechseln ließ, des Diebstahls angeklagt. Der Richter setzte der Jury auseinander, daß sie prüfen müßte, zu welcher Zeit der Finder der Banknote die Absicht faßte, sie sich als Eigenthum anzueignen. Kannte der Finder zur Zeit als er diese Absicht faßte den Eigenthümer, oder konnte er annehmen, daß er ihn leicht entdecken würde, so müßte die Jury ihn des Diebstahls schuldig finden; faßte er den Entschluß später, so müßte er nicht schuldig erklärt werden. Die Jury sprach das Schuldig aus. Der Richter behielt sich die Entscheidung vor, welche nun an den court of appeal gebracht wurde. Dort wurde die Vernichtung des Wahrspruchs erkannt [51]). Der ehrwürdige Lord Campbell als Oberrichter erklärte, daß es darauf, was hinterher im Gemüthe des Finders vorgehe, nicht ankommen könne, um die Handlung in Diebstahl zu ver-

50) Vorgekommen in Western Circuit. March. 1852.

51) Times vom 24. November 1851.

wandeln, selbst wenn keine Handlung der Aneignung hinzukam. Es liege in dem Falle nichts vor, als das was während der Thäter in seinem Bette entfernt von der gefundenen Sache lag, in seinem Gemüthe vorging, und dies könne nicht genügen, um die Handlung, die es anfangs nicht war, zum Diebstahle zu machen. In Nordamerika enthalten die Statuten von Massachussets [52]) ein ausführliches Kapitel über die Pflichten des Finders. Darnach soll Jeder, der eine Sache von zwei oder mehr Dollars Werth findet, binnen zwei Tagen an zwei öffentlichen Plätzen des Orts, wo er die Sache findet, den Fund bekannt machen und binnen 7 Tagen dem Gemeindeschreiber Anzeige machen, und wenn der Werth der Sache über 10 Dollars beträgt, binnen einem Monat in öffentlichen Blättern Bekanntmachung erlassen, und bei solchen Sachen über 10 Dollars binnen 2 Monaten bewirken (das Gesetz bestimmt näher das Verfahren), daß die gefundene Sache abgeschätzt werde. Wenn während eines Jahres der Eigenthümer sich meldet, so muß ihm die Sache gegen Erstattung der Kosten, welche der Finder hatte, ausgeliefert werden; wenn aber Niemand sich meldet, so gehört die Sache dem Finder, welcher die Hälfte des Werths der Gemeindekasse zu zahlen hat. Die Unterlassung dieser Vorschriften von Seite des Finders bewirkt, daß er zur Zahlung des Werths der gefundenen Sache, und wenn er sie dem Eigenthümer zurückgiebt, eine Geldstrafe bis 20 Dollars bezahlen muß. Eine ähnliche Vorschrift findet sich in den neuen Statuten von Connecticut [53]). Ueber die Strafbarkeit der Aneignung des Fundes enthalten die amerikanischen Statuten keine besondere Vorschrift;

52) Revised statutes of Massachussets, tit. XIV. chap. 56. p. 395.

53) The revised statutes of the State of Connecticut. Hartford 1849. p. 624.

allein die Rechtsprechung lehrt, daß man sich an die (freilich nicht gleichförmige) englische Rechtsansicht, insbesondere in neuerer Zeit an die Unterscheidung hält, ob der Finder schon bei der Ergreifung der Sache die Absicht der Aneignung zum Nachtheil des Berechtigten hatte, oder später erst den Entschluß faßte. Gewöhnlich wird die Handlung als Diebstahl verfolgt; daß die zuvor angeführte Unterscheidung eine zu spitzfindige ist und nicht Billigung verdient, wird in neuerer Zeit immer mehr anerkannt[54]).

Vergleicht man die neueste Rechtsprechung in den deutschen Staaten, in welchen neue Gesetzbücher eingeführt sind, so bemerkt man leicht eine große Verschiedenheit der Rechtssprüche, vorzüglich wenn es darauf ankommt zu entscheiden, ob der Fall nach dem Strafgesetze über Diebstahl oder nach dem über Unterschlagung gefundener Sachen beurtheilt werden soll. Ein in Weimar abgeurtheilter Fall[55]) ist sehr erläuternd. Auf dem Gemüsemarkt legte eine Frau A, während sie bei B Waaren aussuchte, ihre Geldbörse auf den Verkaufstisch, ging dann zu einer andern Bude, bemerkte dort daß sie ihre Börse verloren, ging an den Ladentisch von B zurück, fand aber die Börse nicht mehr, welche in der Zwischenzeit von einer Person C, die an den Tisch des B getreten und die Börse bemerkte, an sich genommen wurde. Die C wurde festgenommen. Das Kreisgericht sprach die Angeklagte von der Anschuldigung des Diebstahls frei, verurtheilte sie aber wegen Funddiebstahls, weil das Gericht die Geldbörse zur Zeit als die C sie genommen als verlorene Sache ansah; indem die A, als sie den Tisch des B

54) S. über die amerikanische Rechtsprechung vorzüglich den Report of the penal Code of Massachussets (Boston 1844) Abschnitt Larceny p. 22.

55) Wochenblatt für Strafrechtspflege in Thüringen, von Schmid. Weimar 1851. S. 11.

verließ, bei dem Vermissen des Geldes nicht die bestimmte Erinnerung hatte, wo die Börse sich befand. Das Appellationsgericht verurtheilte die Angeklagte wegen Diebstahls, indem es annahm, daß sich nicht zweifeln lasse, daß für die B der Besitz der Börse noch nicht verloren war als C sich dieselbe aneignete, die C keinen Grund hatte, die Börse für verloren anzusehen. Dieser Fall veranlaßte eine scharfsinnige Prüfung [56]) der verschiedenen zum Fundbiebstahle gerechneten Fälle, und eine Nachweisung, wie die Beurtheilung zum großen Theile von der Aufstellung des Begriffs des Diebstahls im Gesetzbuche abhängt. Wenn z. B. das königl. sächsische Gesetzbuch (223) als Diebstahl die Ansichnahme der fremden Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers in gewinnsüchtiger Absicht bestraft, so ist da, wo der Finder bei Ergreifung der gefundenen Sache die Absicht hat, die Sache zu behalten, Diebstahl vorhanden, während nach dem thüringischen Gesetzbuche (213), welches zum Diebstahle Wegnahme aus dem Besitze eines Dritten fordert, kein Diebstahl vorhanden ist. Durch den Gebrauch des Worts Besitz veranlaßt aber der Gesetzgeber große Streitigkeiten, weil die Entscheidung ganz anders ausfällt, je nachdem der Strafrichter die civilrechtlichen Grundsätze vom Verlust des Besitzes zum Grunde legt; daraus erklärt sich auch die Verschiedenheit der Strafurtheile im oben angeführten Falle [57]). Im Königreich Sachsen selbst ist Verschiedenheit der Ansichten darüber, ob man die civilrechtlichen Grundsätze von dem Verlust des Besitzes hier anwenden soll. Nach der Erklärung eines sehr erfahrnen

---

56) In dem angeführten Wochenblatt 1852. S. 212.

57) Wir werden auf die feinen Bemerkungen des Verfs. dieses Aufsatzes zurückkommen.

sächsischen Praktikers [58]) ist das Gesetz über Fundbiebstahl auch auf denjenigen anzuwenden, welcher sich eine Sache anmaßt, welche er für eine verlorene Sache halten konnte und hielt, ohne daß nach den Grundsätzen des Civilrechts Besitzverlust anzunehmen ist. Die in den Gesetzen, z. B. in den sächsischen [59]), vorkommenden Worte: wenn der Finder eine öffentliche Bekanntmachung zur Zurückgabe unbefolgt ließ, wurden so ausgelegt, daß nach der Absicht des Gesetzgebers die Oeffentlichkeit nicht ein die Strafbarkeit bedingendes Merkmal sey und daher auch Strafe begründet sey, wenn der Finder einem Gensdarmen, der zur Zurückgabe aufforderte, den Besitz der Sache abläugnete [60]). In einem Falle, in welchem Jemand die von einem Gaste in einem Wirthshause auf dem Abtritte liegen gelassene Geldkatze sich aneignete, wurde Diebstahl angenommen; in einem andern Falle, in welchem A einen Geldbeutel fand und glaubte daß er dem B gehöre, während sich ergab, daß er Eigenthum des C sey, wurde der Art. 241 Satz 1, also die mildere Strafe der Fundaneignung angewendet [61]). Die Zergliederung der Natur des in Frage stehenden Vergehens und der Benutzung der bisher mitgetheilten Erfahrungen berechtigt, als leitende Gesichtspunkte für den Gesetzgeber und Richter folgende aufzustellen.

1) Der Gesetzgeber darf nie das Volksrechtsbewußtseyn dadurch irre leiten, daß er Handlungen, bei welchen eine völlig verschiedene Verschuldung zum Grunde liegt, unter den Gesichtspunkt eines schweren Verbrechens stellt, un-

58) Held in der Schrift: das Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, S. 333.

59) Nach Busch, die neuen Criminalgesetzbücher S. 285, soll es darauf ankommen, ob die weggenommene Sache eine als civilrechtlich verlorene zu betrachten ist.

60) Busch S. 283.

61) Neue Jahrbücher des sächs. Strafrechts Th. VI. S. 473.

ter welchen nach allgemeiner Vorstellung die Handlung nicht paßt; daher darf die Aneignung gefundener Gegenstände nicht als Art des Diebstahls oder der Unterschlagung gestellt werden. Thut dies der Gesetzgeber, so schwächt er die nothwendige Scheu vor der Verurtheilung wegen des schweren Verbrechens, z. B. wenn derjenige, der eine gefundene Sache nicht zurückgiebt, als Dieb bestraft wird, während die allgemeine Stimme darin keinen Diebstahl erkennt; der Gesetzgeber zerstört aber auch die richtigen Vorstellungen des Volkes von dem, was Diebstahl ist, und fügt ein großes Unrecht dem Bestraften zu, welcher als Dieb bestraft und so demjenigen gleichgestellt werden soll, welcher eine entehrende Handlung verübte. Es ist dabei gleichgültig, ob der Gesetzgeber sich des Ausdrucks bedient: *soll* als Dieb bestraft oder dem Diebstahle (oder *Unterschlagung*) gleichgeachtet, oder mit der Strafe dieser Vergehen belegt werden; denn die allgemeine Wirkung ist, daß der Finder, welcher sich die gefundene Sache aneignete, wie ein Dieb oder der Unterschlagung schuldig erklärt wird.

2) Der Gesetzgeber muß als besonderes Vergehen die Aneignung gefundener Sachen im Gegensatze anderer Vergehen hervorheben, an welche die oben bezeichnete Handlung oft gränzt. Als Aneignung gefundener Sachen erscheint nur diejenige Handlung, bei welcher Jemand, der eine Sache, die er als eine verlorene zu betrachten Grund hatte, sich aneignet, in Bezug darauf gewisse gesetzlich dem Finder vorgeschriebene Handlungen unterläßt, oder Handlungen vornimmt, durch welche der Berechtigte seines Eigenthums oder seines Besitzes oder doch der Vortheile desselben beraubt wird. Dahin gehört ebenso die Handlung desjenigen, welcher eine Sache nimmt, die er findet, oder in deren Besitz er zufällig kam, z. B. wenn ein

fremdes Thier ihm zulief[62]). Eine solche Handlung kann weder als Diebstahl, noch als Unterschlagung betrachtet werden; das Erste nicht, weil in dem Augenblicke, in welchem die Sache gefunden wird, die Handlung des Ansichnehmens eine völlig erlaubte (einer contrectatio bei dem Diebstahle nicht gleichzustellende) ist, weil diese Aufnahme oft selbst in der besten Absicht geschehen kann, die Sache für den Berechtigten zu bewahren, vor dem Verderben (z. B. durch Zertreten, durch Einfluß schlimmer Witterung) zu retten, und weil selbst wenn der Finder sogleich anfangs die Sache mit der Absicht an sich nimmt, sie dem Eigenthümer zu entziehen, die diebische Gesinnung (der Dolus) als etwas Inneres allein steht, und nicht mit einer zum Diebstahle nöthigen Handlung zusammentrifft, da die Wegnahme der Sache an sich erlaubt ist. Als Unterschlagung aber kann die Aneignung gefundener Sachen nicht betrachtet werden, weil, wenn man nicht willkürlich Verschiedenartiges durch einander werfen will, das Wesen der Unterschlagung nur in die Verletzung des Mißbrauchs des Vertrauens gesetzt werden kann.

3) Verschieden von der Aneignung des Fundes sind die Fälle, in welchen die Berufung auf den Fund nur ein Vorwand diebischer Absicht ist. Dies ist der Fall, wo Jemand zur Zeit der Wegnahme der Sache weiß oder leicht wissen konnte, welcher Person die Sache gehört, oder wenigstens wußte, daß von gewissen ihm bekannten Personen Eine die Eigenthümerin ist, und der sogenannte Finder einfache Mittel hatte, sich darüber die nöthige Kenntniß zu verschaffen. Dahin gehören die Fälle, in welchen Jemand eine Sache wegnimmt, die ein Anderer

---

62) Dieser Fall wird sehr verschieden beurtheilt. Weiß Commentar III. S. 198. Krug Studien II. S. 90. Königl. sächs. Gesetzbuch S. 283.

an einem bestimmten Orte liegen ließ, und der sogenannte Finder dies Liegenlassen bemerkte; oder wo eine Magd in dem Hause ihres Dienstherrn eine Sache zwar an einem Orte, wohin sie ohne Wissen des Eigenthümers gebracht wurde, aber unter Umständen findet, unter denen die Magd wissen mußte, daß sie dem Dienstherrn oder einer Person gehörte, die in dem Hause übernachtete und die Sache vergaß. Als Diebstahl erscheint der Fall, wenn in einem Gasthause ein Reisender eine von einem andern Gaste in einem Zimmer, das dieser bewohnte, zurückgelassene Sache wegnimmt; die Anzeige oder Ablieferung der Sache an den Gastwirth, welcher als Depositar der Sache zu betrachten ist, und bei welchem sich der Gast, welcher die Sache vergaß, erkundigen wird, ist die regelmäßige Pflicht des Finders. — Als Diebstahl betrachten wir, *wenn ein* Kutscher in seinem Wagen eine Sache findet, die ein Fremder zurückließ. Je mehr der Fall so beschaffen ist, daß der Kutscher nicht irren kann, wem die Sache gehörte, z. B. weil er sah, daß der Reisende, als er einstieg, die Sache in den Wagen brachte, desto weniger kann Zweifel an dem Daseyn des Diebstahls seyn, wenn der Kutscher sich die Sache aneignet. Eine andere Gestalt gewinnt die Sache, wenn ein Kutscher, welcher in einer Nacht, z. B. von einem Balle, verschiedene Personen, die er nicht kennt, nach Hause fuhr und am Morgen in seinem Wagen eine Sache findet; vielleicht genöthigt, sogleich wieder einen Reisenden in eine entfernte Gegend zu fahren, unterläßt er alle Bekanntmachungen und eignet später sich die Sache an [63]). Zweifelhaft kann der Fall werden, wenn Jemand an einer Leiche, welche den Strom herabschwamm, eine Uhr fand und sie für sich behielt. Es

---

63) In einem ähnlichen Falle (welchen Hr. Arnold im Archiv des Criminalr. 1843. S. 586 erzählt) erkannte das baier. Gericht kein Vergehen an.

wurde hier von dem preußischen Revisionshofe Diebstahl angenommen; der sogenannte Finder konnte sich hier nicht auf den Fund der Sache berufen, da schon die Volksansicht hier nie von einer gefundenen Sache sprechen wird; er wußte, daß die Sache den Erben der Person gehört, deren Leiche er traf, und konnte nicht im Zweifel seyn, daß es leicht seyn würde herzustellen, wer die Leiche im Leben war.

4) Der Gesetzgeber wird am richtigsten bei der Wegnahme des Fundes zwei Arten von Strafbestimmungen in das Gesetz aufnehmen. A. Er wird (wie nach den oben bemerkten Vorschriften in Amerika und in Oesterreich) vorschreiben, daß jeder Finder, der eine Sache an sich nimmt [64]), schuldig ist, entweder durch Anschlag an Straßenecken oder durch Anzeige bei der Obrigkeit oder dem Ortsvorsteher, oder durch Bekanntmachung in öffentlichen Blättern, den Fund zu veröffentlichen. Die bürgerliche Gesellschaft hat entschieden die Befugniß, dies von Jedem zu verlangen, der eine Sache findet und sie an sich nimmt [65]); sie kann die Unterlassung der Vorschrift mit einer mäßigen Geldstrafe bedrohen. B. Verschieden davon sind die Strafvorschriften für die Fälle, in welchen der Finder eine Sache dem Berechtigten entzieht, und mit der Absicht dies zu thun Hand-

64) Es mag weise seyn, bei Sachen, die einigen Werth haben (z. B. wenn die Sache wenigstens 1 Gulden oder Thaler werth ist), eine solche Vorschrift zu erlassen, weil sonst Lächerlichkeiten herauskommen, z. B. wenn Jemand ein altes schlechtes Federmesser, oder ein altes Eisen findet.

65) Wer die gefundene Sache liegen läßt, ist begreiflich nicht zu solcher Thätigkeit zu verpflichten. Eine Hauptsache ist, daß das Gesetz nicht bestimmte Arten der Veröffentlichung vorschreibe, die oft dem Finder sehr lästig seyn können; z. B. Anzeige bei der Obrigkeit, wo oft der Finder, der z. B. Morgens 6 Uhr eine Sache findet, bis 9 Uhr warten muß, ehe das Amtslokale zugänglich wird.

lungen der Aneignung vornimmt. Eine Gleichstellung dieser Handlung mit dem Diebstahl oder Unterschlagung ist unpassend, weil wenigstens in der Mehrzahl der Fälle der Finder nach der allgemeinen Meinung die Sache als eine solche betrachtet, welche doch für den Eigenthümer verloren ist, und wenn auch nicht juristisch, doch thatsächlich als herrenlose erscheint, an welcher Jedermann Besitz ergreifen kann, vorzüglich bei weniger werthvollen Sachen, wo sich nach der Erfahrung der Verlierende selbst nicht darum kümmert. Ergreift auch der Finder die Sache nicht mit der reinen Absicht, sie im Interesse des Berechtigten zu bewahren, so liegt doch selten eine wahre diebische Absicht, sondern mehr ein unbestimmter Wille oder eine unklare Absicht zum Grunde; und wenn dann später die Handlung hinzukommt, durch welche die Absicht sich kund giebt, die Sache dem Berechtigten zu entziehen, so geschieht es häufig unter Umständen, unter denen der Finder, weil Niemand sich meldet, oder weil lange Zeit verflossen ist, sich überredet, daß er die Sache wie eine herrenlose betrachten darf. Selbst da, wo der Finder sogleich mit der Absicht die Sache sich als Eigenthum anzueignen, sie an sich nimmt, ist die Handlung nicht dem Diebstahle gleichzustellen, da auch hier die Ansicht, daß doch der Eigenthümer die Sache als verloren betrachtet, oder nicht zu ermitteln ist, dies Bewußtseyn der Strafwürdigkeit sehr vermindert, und die wahre diebische Absicht sich erst da offenbaren würde, wo dem Finder derjenige bekannt wird, welcher auf Zurückgabe ein Recht hat. Da in allen diesen Fällen objectiv für den Verlierenden ein Rechtsverlust entsteht, und subjectiv der Finder seine Handlung nicht als völlig erlaubt betrachten kann, da die Handlung oft nahe an andere strafbare Handlungen gränzt, so ist es weise, wenn das Gesetz dafür eine höhere Strafe droht, aber die Vorschrift nicht unter das Kapitel von Diebstahl und

Unterschlagung, sondern in ein eignes Kapitel (etwa wie im sächsischen Gesetzbuche Art. 275: von anderen Beinträchtigungen fremden Eigenthums, oder wie im preußischen Gesetzbuche Art. 263: von dem strafbaren Eigennutze) stellt. Da unter den Fällen manche vorkommen, in welchen der hohe Werth der Sache, z. B. bei Banknoten, die Strafwürdigkeit erhöht oder nach Umständen der Fall nahe an Diebstahl gränzt, so ist es passend, wenn der Gesetzgeber das Maximum der Gefängnißstrafe höher setzt, um dem richterlichen Ermessen einen gehörigen Raum zu geben.

5) Für die richtige praktische Behandlung aller hierher gehörigen Fälle bewährt sich am besten das Institut der Staatsanwaltschaft. Der Staatsanwalt, welchem der Fall angezeigt wird, hat die Umstände des einzelnen Falles zu würdigen, und zu erwägen, ob er entweder wegen der Geringfügigkeit den Fall unverfolgt lassen *oder nur* eine Polizeistrafe wegen unterlassener Bekanntmachung veranlassen, oder die Anklage auf Aneignung des Fundes oder auf Diebstahl stellen will, in sofern er nach den obigen Andeutungen hinreichende Thatsachen in dem Falle findet, um das Daseyn der zum Diebstahle gehörigen Merkmale nachweisen zu können.

6) Eine dringende Forderung an den Gesetzgeber ist es, den Thatbestand des Vergehens der Aneignung des Fundes nicht von Merkmalen abhängig zu machen, deren Erforschung in der Rechtsanwendung zu schwierigen und lange dauernden Untersuchungen führt, und welche selbst trüglich sind. Darnach müssen wir die Unterscheidung, ob der Thäter im Augenblicke der Ergreifung die Absicht hatte, die Sachen dem Berechtigten zu entziehen, oder z. B. die Absicht erst später hinzukam, für ungeeignet und nachtheilig erklären. Wir haben schon oben gezeigt, daß selbst da, wo die sogenannte diebische Absicht bei der Er-

greifung vorhanden war, dies nicht dem wahren animus furandi gleichgestellt werden darf. Es ist aber auch unjuristisch [66]), wenn man aus nachfolgenden Handlungen oder Willensäußerungen die Strafwürdigkeit der vielleicht vor längerer Zeit vorgekommenen Ergreifung der Sache beurtheilen will. Es ist eine schlimme Verwechslung der Umstände, welche Indicien über die Absicht des Thäters liefern können, mit den Merkmalen des Thatbestandes, und es ist nicht zu billigen, wenn der Gesetzgeber die nachfolgenden Umstände an die Stelle der zu dem Verbrechen selbst gehörigen Handlungen setzt. Nicht weniger unjuristisch ist es, eine Willensstimmung, welche längere Zeit nach der Ergreifung der Sache in der Seele des Finders vorgeht, auf die ursprüngliche Handlung zurückzubeziehen und die Natur der letzten durch einen solchen (wie Lord Campbell sagt von dem Finder, während er im Bette lag,) gefaßten Entschluß in ein anderes Vergehen verwandeln zu lassen. Wie endlich kann der Jurist es billigen, wenn man den hinterher gefaßten Entschluß des Finders, die Sache sich anzueignen, als genügend für die Verübung des Verbrechens annimmt, weil die bloße Absicht nicht von der Strafe getroffen werden kann, und es unjuristisch seyn würde, durch einen Sprung einen innern Vorgang als Akt der Verwandlung des animus possidendi in eine diebische Absicht anzunehmen [67]). Niemand kann aber auch verkennen, daß die Ausdehnung der Untersuchung auf den Umstand, ob der Entschluß der Aneignung hinzukam, große Nachtheile erzeugen, die Verhandlung verlängern und ein sehr trügliches Urtheil der Geschwornen oder Richter über den Umstand, ob der Entschluß hinzukam, veranlassen würde.

---

66) Hélie Théorie VI. p. 561.

67) Blöde in den neuen Jahrbüchern des sächs. Strafrechts I. S. 29. Busch das sächs. Criminalgesetzb. S. 284.

7) Im Zusammenhange damit steht die Frage: wie am besten der Gesetzgeber die Strafvorschrift fassen soll, und zwar: ob mehr objectiv das Vergehen an das äußere Merkmal geknüpft werden soll, daß es an einer verlorenen oder an einer nicht im Besitze eines Andern befindlichen Sache verübt wird, oder subjectiv dies Vergehen von der die Verschuldung modificirenden Gesinnung des Thäters, der die Sache für einen Gegenstand des Findens halten konnte, abhängig zu machen ist. Für die erste Ansicht spricht der Entstehungsgrund der Lehre von der Unterschlagung aus dem germanischen Rechte. Der Diebstahl war Verletzung der fremden Gewere; bei der Aneignung des Fundes lag eine Ergreifung einer Sache vor, die nicht in fremder Gewere war. Wenn nun die Rechtsübung im gemeinen Rechte und neue Gesetzbücher die Fundaneignung bestrafen, so setzen sie einen Gegenstand voraus, welcher als ein verlorener nicht in fremdem Besitze mehr war. Um nun zu erkennen, ob die Sache eine verlorene oder noch im Besitze eines Andern ist, kommt man zu der Frage über den Besitzverlust, und dabei zur Frage: ob dies nach den Grundsätzen des Civilrechts beurtheilt werden soll. In dem oben von uns angeführten Falle von Weimar zeigt sich klar, wie die Verschiedenheit der Urtheile der zwei Gerichte nur davon abhing, ob das Gericht Besitzverlust annahm oder nicht. Nach römischem Rechte [68]) wird dies sehr bedenklich, da überall, wo der bisherige Besitzer keine Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache hat, also nicht weiß, wo die Sache sich befindet, der Besitz als verloren gilt [68 a]). Wir halten es nun nicht für zweckmäßig, von der Anwendung dieser civilrechtlichen Grundsätze die Entscheidung der Frage

68) L. 3. §. 13. L. 25. D. de poss.

68 a) Gute Ausführungen in der Anwendung auf Fundaneignung f. im Wochenblatt für Strafrechtspflege in Thüringen. 1852. S. 214.

abhängig zu machen, ob Diebstahl oder Fundaneignung vorliegt [69]). Der Gesetzgeber veranlaßt sonst sehr langdauernde und schwierige Untersuchungen über das Daseyn der Merkmale, von welchen die Entscheidung abhängig gemacht wird, wie sich klar in dem angeführten weimarischen Falle zeigte. Es hängt dabei viel von der Erklärung des vorigen Besitzers ab; sobald er sagt, daß er wußte, wo die Sache liege, muß Diebstahl angenommen werden, weil aus fremdem Besitze die Sache genommen ist; dies ist aber bedenklich, weil dabei zuviel von dem Willen des Beschädigten abhängig gemacht und diese Erklärung sehr trüglich ist, indem häufig der Beschädigte nur seinen Glauben beschwört. Wie schwierig ist es, wenn z. B. der Verlierende an verschiedenen Orten kaufte, erst nach mehreren Stunden oder Tagen den Verlust seiner Börse bemerkt und nur sagen kann, daß er sie wahrscheinlich an einem der 12 Orte habe stehen lassen. Man macht davon die Rechtsanwendung von fremden Thatsachen und von Gesinnungen eines Andern abhängig. — Daraus erklärt sich, warum auch neuere Schriftsteller, die das Bedenkliche der Anwendung des Civilrechts hier erkannten, versuchten [70]), das Merkmal der verlorenen Sache auf andere Art zu bezeichnen. Wir sind aber überzeugt, daß jeder Versuch in einem Strafgesetze, einen sicher leitenden Begriff der verlorenen Sache aufzustellen, nicht durch-

[69]) Anders ist dies nach preußischem Rechte, wo der Besitz verloren wird, wenn es dem Besitzer, der die Gewahrsam der Sache verlor, zugleich unmöglich wird, die Sache wieder zu erlangen; s. in Daniels Lehrbuch des preuß. Privatr. Th. II. S. 220. In dem österreich. bürgerl. Gesetzbuch Art. 388 heißt es: Es ist im Zweifel nicht zu vermuthen, daß Jemand sein Eigenthum wolle fahren lassen; daher darf kein Finder eine gefundene Sache für verlassen ansehen und sich dieselbe aneignen.

[70]) Klöde a. a. O. und Walther über Fundbiebstahl S. 74. Gute Unterscheidungen im Wochenblatt S. 215. 216.

zuführen ist, und ziehen daher (wie auch die erwähnten Schriftsteller auf den guten Glauben des Thäters sehen wollen) es vor, wenn der Gesetzgeber die Fassung wählt, die Aneignung gefundener Sachen da anzunehmen, wo Jemand eine Sache an sich nimmt, von der er vernünftiger Weise annehmen konnte, daß sie der vorige Besitzer verloren habe. Die Umstände des einzelnen Falles [71]) werden hier entscheiden und der gemeine Sprachgebrauch muß dabei angewendet werden.

8) Für einen großen Fehler einer Gesetzgebung halten wir es, wenn sie einzelne Handlungen aufzählt, an welche sie die gesetzliche Vermuthung des Daseyns der diebischen Absicht knüpft, oder bei Unterlassungen gewisser Vorschriften diese Absicht annimmt. Es ist dies immer noch das Fortwirken der ehemaligen im baierischen Gesetzbuche aufgestellten grundlosen Ansicht von der praesentia doli; der Gesetzgeber erhebt auf eine ungerechte Weise das, was zuweilen unter besonderen Umständen als Indicium des Dolus vorkommt, zur gesetzlichen Regel, durch welche er auf den Angeklagten oft einen schwierigen, kostspieligen Entschuldigungsbeweis wälzt. Alle jene Handlungen, die unsere Gesetzbücher als Aneignungshandlungen anführen, können wichtige Indicien gegen den Angeklagten begründen; aber jede derselben kann auch ohne die Absicht der Aneignung vorkommen; insbesondere ist Abläugnen des Besitzes nicht selten Folge eines schlechten Scherzes, oder der Absicht, den Andern zu necken, oder eine Antwort, um der anmaßenden unartigen Befragung entgegenzutreten, oder die Folge des Wunsches, bessere Legitima-

---

71) Die Frage kann nur seyn, ob man diese Fassung oder die z. B. des hannoverschen Gesetzbuchs Art. 305, von der er vernünftigerweise nicht annehmen konnte, daß der Eigenthümer sie aufgegeben habe, vorzieht. Wir halten die positive Fassung für die zweckmäßigste.

tion des Forderndent zu erlangen, oder aus einem Retentionsrechte erklärbar, das der Finder geltend machen will. Selbst das Verbrauchen der Sache ist kein sicherer Beweis diebischer Aneignung, weil nicht selten der Finder die Sache (die durch längeres Aufbewahren verderben würde) verwendet, ohne deswegen der Pflicht sich entziehen zu wollen, dem Eigenthümer, wenn er sich meldet, Ersatz zu leisten [72]). Noch ungerechter ist es, an die Unterlassung der öffentlichen Anzeige die gesetzliche Vermuthung diebischer Absicht zu knüpfen, weil so oft Vergessenheit, Unmöglichkeit im Drange der Umstände, z. B. wenn Jemand schnell abreisen mußte, oder durch Unglücksfälle, die auf ihn einstürmten, z. B. Krankheit, gehindert war, die Unterlassung der Bekanntmachung erklären.

Ueberlasse der Gesetzgeber dem verständigen Ermessen der Richter die Beurtheilung der Umstände des Falles, und bleibe er dem Rechtsgrundsatze treu, daß dem Ankläger es obliegt, die Beweise für alle Merkmale des Verbrechens zu liefern, von deren Daseyn die Anklage abhängt.

72) Arnold im Archiv des Criminalr. 1843. S. 538.

XX.

Zur Theorie des Indicienbeweises.

Von
Herrn Kanzleirath von Wick
zu Bützow.

---

§. 1.

Wir unterscheiden hier zunächst nicht zwischen gesetzlicher und wissenschaftlicher Beweistheorie. Was wir über die Theorie des Indicienbeweises zu bemerken haben, wird, wenn es sich als richtig ausweisen sollte, auch da seinen Werth behalten, wo es keine gesetzliche Beweistheorie giebt. Jede wahre Beweisregel hat das Recht auf Anerkennung in den Gerichten, auch wenn ihr keinerlei gesetzliche Sanction zu Hülfe kommt. Sie hat dieses Recht nicht blos vor den juridisch gebildeten Richtern, die ihre Urtheile durch Entbindungsgründe motiviren, sondern selbst dem Gewissen der Geschwornen gegenüber, die man von der Pflicht, die Gründe ihrer Entscheidungen anzugeben, entbunden hat; denn von der Pflicht, nach Gründen zu urtheilen, wird sich doch kein gewissenhafter Geschworner entbunden halten, ja auch nicht von der Pflicht, sich die Gründe seines Urtheils klar zu machen, so weit er es vermag. Sagt er sich von dieser Verpflich-

tung los, so steht sein Urtheil entweder auf dem Grunde roher Willkühr oder dunkeln Aberglaubens.

Von einer andern Unterscheidung dagegen können wir hier nicht absehen, nämlich von dem Unterschiede zwischen juristischer und logischer Beweistheorie. Diese beiden fallen nicht in allen Stücken zusammen, selbst in der Idee nicht, gehen vielmehr in mehrfacher Beziehung auseinander, und stehen sich in gewissem Betracht als Gegensätze gegenüber. Zwar nach Wahrheit streben beide, und die Wahrheit kann nur eine seyn; aber beim juristischen Beweise kommt es denn doch noch auf etwas mehr als auf die bloße Wahrheit an. Es genügt z. B. nicht, daß der Richter sagt: ich habe die Sache ernstlich geprüft, habe mich bei allen Personen, die Wissenschaft von derselben hatten, erkundigt, und gefunden, daß der Angeklagte schuldig oder unschuldig ist. Selbst wo Geschworne urtheilen, dürfen sie so nicht sprechen; denn sie sind an eine bestimmte Form des Verfahrens gebunden, die sogar strenger ist als die Formen des gemeinrechtlichen Processes. Zwar die Gründe ihres Urtheils anzugeben, erläßt man ihnen, und setzt sich in sofern allerdings der Gefahr aus, ein blos subjectives Urtheil zu erhalten; aber so viel man kann, bemüht man sich doch, dieser Gefahr vorzubeugen durch strenge Regeln des Verfahrens und in England selbst durch Regeln des Beweises.

Zwar ist es Grundsatz im Criminalrechte, daß juristisch nichts wahr seyn kann, was logisch unwahr ist; allein andrerseits kann, weil es bei jedem juristischen Beweise noch auf Andres als blos logische Wahrheit ankommt, nicht alles logisch Wahre auch für juristisch wahr gelten, wenigstens da nicht, wo es sich um Thatsachen handelt, die dem Angeschuldigten nachtheilig werden können. Das Zeugniß eines Kindes oder einer andern zum Zeugnisse unfähigen Person kann logisch betrachtet oft eine große

Ueberzeugungskraft haben und aus dem Läugnen des Angeschuldigten oder eines verdächtigen Zeugen kann der Menschenkenner oft eben so sicher die Wahrheit der Schuld herauslesen, wie aus ihrer bejahenden Aussage. Nichts desto weniger verbietet jede gesetzliche oder wissenschaftliche Beweistheorie, auf solche Beweismittel hin zu verurtheilen. Selbst der französische Criminalproceß, der sich aller Beweisregeln entledigt hat, kennt unfähige Zeugen und ist in dem Verbote ihrer Abhörung strenger als manche andere Gesetzgebungen, die eine Beweistheorie aufstellen. Aber auch soweit die Gesetzgebung dem Richter volle Freiheit läßt, wird dieser einen juristischen Werth und Unwerth der Beweismittel anerkennen, der nicht mit dem blos logischen zusammenfällt. Er wird mehr Bedenken tragen, den läugnenden als den gestehenden Angeschuldigten zu verurtheilen, er wird das Zeugniß eines Kindes nicht dem eines Erwachsenen gleichstellen, wie sehr es auch die logische Wahrscheinlichkeit für sich hat. Selbst Geschworne werden sich an dergleichen Regeln im Gewissen gebunden halten; rechtsgelehrte Richter, die Entscheidungsgründe geben, sind schon durch ihre ganze Bildung und die Natur der Sache daran gebunden.

Worauf beruhet nun dieser Unterschied des juristischen und blos logischen Beweises? Hierauf läßt sich zunächst antworten: Das Rechtsprechen, und namentlich das criminelle, ist ein Geschäft von öffentlichem Character. Darum ist es in der Ordnung, daß es keine Wahrheit anerkennt, die auf einem nicht öffentlich erkennbaren Wege gefunden ist. Hiermit ist indessen der Character des Criminalbeweises nur zum Theil erschöpft. Wollte man blos auf seinen öffentlichen Character die Beweistheorie gründen, so wäre das nicht viel besser als die gewöhnlichen Lobpreisungen des öffentlichen Verfahrens und des Geschwornengerichts, die sich ganz an

ünde dieser Art anklammern. Die schließliche Recht-
tigung jeder juristischen Beweistheorie muß tiefer liegen.
ll die Urtheile im Namen der ewigen Gerechtigkeit,
ht des practischen Nutzens oder der theoretischen Wißbe-
rde gesprochen werden, darum trägt der Criminalbe-
is seinen bestimmten Character, und darum unterschei-
er sich von dem blos logischen Beweise. Versuchen wir
ses zu zeigen.

Es giebt in menschlichen Dingen keine absolute
ihrheit. Gäbe es eine solche, und wäre es der mensch-
en Kraft vorbehalten, sie zu finden, so dürfte kein
minalverfahren für beschlossen erklärt werden, bevor
n sie gefunden hätte. Da aber dem nicht so ist, da
: niemals darauf rechnen können, einen absolut zwin-
iden Beweis herzustellen, da es ferner für den Men-
:n mancherlei Grade und Arten des Fürwahrhaltens
bt, so entsteht die Frage: mit welcher Wahrheit soll
der Criminalbeweis begnügen? Daß für ihn keine
be Wahrheit, keine bloße Wahrscheinlichkeit,
sie sonst wohl in practischen Dingen für ausreichend
ommen wird und genommen werden muß, ausreichen
n, liegt auf der Hand. Es wäre eine offenbare Unge-
tigkeit, wenn man einen Menschen für schuldig oder
h mit positiver Bestimmtheit für unschuldig erklären
lte, blos weil die Schuld oder Unschuld wahrscheinlich
r. Das ist das Mindeste, was man von jedem verur-
lenden, aber auch von jedem positiven Unschuldserkennt-
fordern kann, daß die erkennenden Richter von dessen
hrheit selbst fest überzeugt sind. Doch hat sich keine
ildete Gesetzgebung mit dieser blos subjectiven Gewiß-
begnügt. Selbst der französische Proceß ordnet strenge
meln des Verfahrens an, und duldet nicht, daß der
hter jedem beliebigen Beweismittel Gehör gebe, wenn
uch über den Werth der erlaubten Beweismittel keine

bindenden Vorschriften giebt. Er darf dieses nicht dulden, wenn er nicht in Ungerechtigkeit verfallen will.

Denn nicht jedes Mittel, die Wahrheit herauszubringen, ist im Criminalrecht für ein erlaubtes zu halten. Hierin zunächst unterscheidet sich der juristische Beweis von dem blos logischen. Der Richter darf den Angeklagten und die Zeugen nicht wie der Naturforscher eine Pflanze behandeln, an der er Beobachtungen und Versuche anstellt, wie sie seinem Zwecke am dienlichsten sind. Er muß bei der Untersuchung die Rechte des Angeklagten und der Zeugen achten. Aber noch mehr, er muß dies auch bei der Entscheidung. Dies kann wohl keinen Zweifel leiden; denn wenn schon bei der Untersuchung nicht jedes Mittel der Wahrheitserforschung erlaubt ist, wenn zum Beispiel die Gesetzgebung verbietet, *absolut* unfähige Zeugen auch nur abzuhören, wie viel *mehr muß es* unerlaubt seyn, auf ein solches unzulässiges Beweismittel die Entscheidung zu gründen? Oder weshalb wäre es denn gesetzlich verboten, gewisse Zeugen abzuhören, wenn nicht der Gesetzgebung daran läge, daß die Aussagen solcher Personen nicht der Entscheidung zum Grunde gelegt werden? Es liegt ihr hieran, weil es ihr um juristische Wahrheit, nicht um blos logische zu thun ist; denn vom logischen Standpunkte aus kann ein ungültiges Geständniß oder das Zeugniß eines unfähigen Zeugen den Umständen nach eben so viel und mehr Glauben verdienen als ob dasselbe vollkommen gültig abgegeben wäre. Dennoch erklärt die Gesetzgebung die Abhörung gewisser Personen unter allen Umständen für unzulässig, und weiset hiermit den Richter an, daß er einer solchen Aussage, wenn ihm dieselbe etwa auf außergerichtlichem oder zwar auf gerichtlichem aber ungesetzlichem Wege zu Ohren kommen sollte, seiner Entscheidung nicht zum Grunde legen darf. Kann es einen Zweifel leiden, daß selbst Geschworne an diese

rschrift gebunden sind? Oder wollte man es für erlaubt
ten, wenn sie auf die alleinstehende Aussage eines un=
igen Zeugen hin einen Angeklagten verurtheilten? Ge=
s nicht; denn wie sehr auch immerhin eine solche Aus=
e die logische Wahrscheinlichkeit für sich haben mag,
istisch entbehrt sie aller Berechtigung, als Beweismittel
dienen. Kein Angeklagter braucht sie gegen sich gel=
zu lassen, und legt man ihr dennoch ein entscheiden=
Gewicht bei, so begeht man eine offenbare Ungerech=
keit gegen ihn.

Denn der juristische Beweis kennt noch ein höheres
setz als das der blos logischen Wahrheit. Er kennt vor
en Dingen das Gesetz der Gerechtigkeit. Nicht jedes
eweismittel ist gerecht und nicht jedes Mittel der Wahr=
itserforschung erlaubt. Darum hat schon der Unter=
hungsrichter und eben so sehr der entscheidende Richter
t Gewissenhaftigkeit zu prüfen, von welchen Mitteln
Beweises er Gebrauch machen will. Die Beweismit=
, auf welche er seine Ueberzeugnng bauet, hat er dem
geklagten gegenüber zu rechtfertigen. Denn man er=
ige wohl, wir haben keine absoluten Beweismittel; es
bt keins, dem sich unsere Ueberzeugung unbedingt unter=
rfen müßte. Wenn die Gesetzgebung nun dennoch
langt, daß sich der Angeklagte gewissen Beweismitteln
terwirft, und daß er die auf dieselben gebauete richter=
e Ueberzeugung als Wahrheit gegen sich gelten läßt,
muß die Berechtigung hierzu wohl noch in etwas An=
m liegen, als blos in der logischen Ueberzeugungskraft
ser Beweismittel. Wie verhält es sich nun in dieser
ziehung mit den einzelnen Beweismitteln? Worauf
ruht die Berechtigung, sie gegen den Angeklagten an=
wenden?

That vernichtet oder deren Vortheile sich angeeignet hat: worauf beruhet die beweisende Kraft aller solcher Indicien? Doch wohl zunächst nicht auf physischen, sondern auf psychologischen Gründen und zwar auf sittlich-psychologischen; denn wir haben es ja hier mit freien Handlungen des Angeklagten zu thun, die aus dessen sittlichem Character ihre Erklärung empfangen, so wie sie hinwiederum auf diesen ihr Licht zurückwerfen.

So viel über die sittliche Natur des Indicienbeweises. Wollten wir weitergehen, so könnten wir zeigen, daß derselbe in einem noch weit höheren Sinne auf sittlicher Grundlage beruhet, nämlich auf dem Glauben an eine sittliche Weltordnung. Denn wie sehr auch die beweisende Kraft jeder einzelnen Anzeige nur von physischen oder psychologischen Gründen abzuhängen scheint, dasjenige, was einem Complexe von Anzeigen die Kraft giebt, uns vollständig von der Schuld des Angeklagten zu überzeugen, beruhet niemals allein auf solchen Gründen, sondern es beruhet auf der Betrachtung ihres historischen Beieinanderseyns. Nur weil es uns unerträglich ist, das Zusammentreffen der vorhandenen Anzeigen dem Zufalle oder einer dunkeln fatalistischen Macht zuzuschreiben, fühlen wir uns zuletzt zu der Ueberzeugung gedrungen, daß Niemand anders als der Angeklagte die That begangen habe. Der letzte Grund unserer Ueberzeugung ist mithin der Glaube, daß in dem Zusammentreffen der historischen Ereignisse eine sittliche und verständige Ordnung waltet.

Wir führen jedoch dies Alles hier nicht weiter aus; denn es ist für diesmal nicht unsere Absicht, uns mit den sittlichen und logischen Grundlagen des Anzeigenbeweises zu beschäftigen, sondern mit dem, was wir oben die juristische Grundlage genannt haben.

Worauf beruhet unser Recht, den läugnenden Angeklagten auf Indicien zu verurtheilen, und welches sind juristischen Bedingungen, unter denen uns dieses Recht teht? das sind die Fragen, deren Beantwortung wir s hier zur Aufgabe gestellt haben.

§. 4.

Daß bei dem Anzeigenbeweise von absoluter Wahrt noch weniger die Rede seyn kann als bei dem auf Geidniß oder Zeugenaussagen gebaueten Beweise, ist ungbar. Im Allgemeinen tritt bei ihm das subjective ment in der Ueberzeugung des Richters weit stärker vor, es kommt weit seltener der Fall vor, daß der Richmit Gewißheit sagen kann: ich weiß, daß Jeder, der Sache unbefangen prüft, mit mir zu demselben Resule kommen wird. Der Richter übernimmt also, wenn uf Anzeigen verurtheilt (aber auch wenn er auf dieselein positives Unschuldig spricht), eine größere Verantrtlichkeit, als wenn er auf ein Geständniß oder gniß hin das Schuldig erklärt. In diesem Falle kann ich immer noch darauf berufen: nicht ich bin es, der Angeklagten verurtheilt, sondern er selbst oder die gen haben ihn schuldig gesprochen. Aber beim Anzeieweise fällt alle Verantwortung auf den Richter g; darum bedarf er gerade hier der Rechtfertig darüber, daß er diesem Beweismittel und seiner f gegründeten Ueberzeugung solche Macht einräumt. er nimmt er diese Rechtfertigung?

Man könnte sich zunächst auf die Nothwendigt berufen; denn das ist freilich gewiß, daß wenn unmittelbare Beweismittel gelten sollten, viele Verhen unbestraft bleiben würden. Allein aus dieser ischen Nothwendigkeit folgt doch immer nur die Betigung zu polizeilichen Sicherheitsmaßregeln

gegen den durch Anzeigen überwiesenen Angeklagten; niemals können wir mit der practischen Nothwendigkeit es rechtfertigen, daß wir ihn im Namen der Gerechtigkeit verurtheilen; denn die Gerechtigkeit hat es mit andern als solchen endlichen Zwecken zu thun.

Es wäre denkbar, daß der Angeschuldigte vor der Entscheidung erklärte, er unterwerfe sich dem Urtheile, welches der Richter auf den Grund der vorliegenden Anzeigen für oder gegen ihn aussprechen werde. Eine solche Erklärung, wo sie freiwillig gegeben würde, wäre allerdings mehr werth, als jene leere Form der Unterwerfung unter den Urtheilsspruch der Geschwornen, wie sie bis in unsere Zeit in England üblich war. Solch unwahres Formwesen mag in England ohne Anstoß ertragen werden; unser deutscher Proceß würde dadurch seinen edelsten Characterzug einbüßen, die Ehrlichkeit und Wahrhaftigkeit. — Aber auch angenommen, daß ein Angeklagter sich im einzelnen Falle frei und ungezwungen der auf Anzeigen gegründeten Ueberzeugung des Richters unterwürfe: wäre eine solche Erklärung wirklich für genügend zu achten? Liegt nicht vielmehr ein innerer Widerspruch in ihr? Uns will dies so scheinen; denn es handelt sich ja hier nicht um eine Rechtsfrage, über die für allemal der Ansichten viele möglich sind, sondern um eine Thatsache, die entweder nur geschehen oder nicht geschehen seyn kann; es handelt sich um eine That, die der Angeklagte selbst vollbracht zu haben beschuldigt wird, und über die man daher von ihm jedenfalls ein bestimmtes Ja oder Nein erwarten muß. Was soll uns denn eine Erklärung nützen, die nicht ohne Unwahrheit abgegeben werden kann? Denn ist der Angeklagte schuldig, so wird er, wenn er die Wahrheit ehrt, bekennen; ist er aber unschuldig, so muß er auch seine Unschuld allen Anzeigen gegenüber fest behaupten, und darf sich nicht

heine der Anzeigen und der subjectiven Ueberzeugung
Richters unterwerfen. Wollte man strenge seyn, so
nnte man eine solche Erklärung als ein verstohlnes Ge-
ndniß oder als eine neu hinzukommende Anzeige behan-
n, weil der wirklich Unschuldige sich nicht leicht in sol-
r Weise dem Urtheil des Richters unterwerfen wird;
h das alte Vorrecht der Vertheidigung verlangt, daß
r sie als eine Läugnung der Schuld behandeln; aber
m eben verliert sie auch ihre Bedeutung.

Also nicht in einem solchen ausdrücklichen Unterwer-
ngsact haben wir die Berechtigung zum Anzeigenbeweise
suchen? Wo ist sie denn aber zu finden? — Wir
agen noch einmal: einen absoluten Beweis der Thä-
schaft durch Anzeigen giebt es nicht; vielmehr können
e Anzeigen trügen, ja der Angeklagte hat ein Recht, zu
langen, daß wir ihnen keinen Glauben schenken, in
eit er ein Recht hat, zu verlangen, daß wir ihn als
en glaubwürdigen Mann anerkennen; wäre er vollkom-
n glaubwürdig, so dürften wir ihn niemals auf An-
en verurtheilen; denn das Wort eines vollkommen
ubwürdigen Mannes ist mehr werth als hundert An-
gen. Ist er aber auch immerhin nicht vollkommen
ubwürdig, so fragt es sich dennoch: was giebt uns das
t, das Wort eines lebendigen Menschen für nichts zu
n den todten Anzeigen gegenüber? Mit andern Wor-
t: was giebt dem Richter das Recht, seine auf Anzei-
gegründete Ueberzeugung dem läugnenden Angeklag-
egenüber als die vor der Gerechtigkeit geltende Wahr-
zu verkünden? Daß der Anzeigenbeweis zur vollstän-
Ueberzeugung des Richters führen kann, wollen wir
Augenblick läugnen; aber daß der Angeklagte nach
Ueberzeugung gerichtet werden soll, das kann nur
besondern Bedingungen gerecht seyn. Wel-
ind diese Bedingungen?

Bei dem Geständniß fanden wir die Berechtigung des Richters, den Angeklagten zu verurtheilen, darin, daß wer bekennt, sich selbst schuldig spricht; wer sich aber selbst schuldig spricht, der kann sich gewiß nicht beschweren, daß auch der Richter ihn dafür erkennt; denn angenommen auch, das Geständniß wäre falsch, so kann doch, wenn es übrigens nur ernstlich und gültig abgelegt ist und keine erhebliche innere oder äußere Gründe der Wahrheit gegen sich hat, der Richter sich zu seiner Rechtfertigung allemal darauf berufen, daß nicht er den Angeklagten, sondern dieser selbst sich das Urtheil gesprochen hat. Sollte nicht eine ähnliche Berufung auch beim Anzeigenbeweise möglich seyn? Zwar davon, daß der Angeklagte sich wirklich selbst schuldig spricht, kann hier nicht die Rede seyn; denn er läugnet ja eben die That, aber der Fall ist allerdings denkbar, daß der Angeklagte sich selbst indicirt. Bereits oben haben wir gesehen, daß die wichtigste und zahlreichste Classe der Anzeigen aus solchen besteht, die sich auf des Angeklagten eigene Handlungen oder Reden gründen. Wenn nun eine derartige Anzeige vorliegt, wenn z. B. der Angeklagte Vorbereitungen der That getroffen, wenn er deren Vortheile sich anzueignen, oder ihre Spuren zu vernichten gesucht, wenn er mit erwiesenen Theilnehmern des Verbrechens verkehrt oder andere zu demselben zu verleiten gesucht, wenn er Fluchtversuche unternommen hat u. s. w.: sollte man in allen diesen Fällen nicht sagen können, der Angeklagte habe sich selbst indicirt? Noch mehr, sollte nicht, wenn er sich in dieser Weise selbst indicirt hat, dem Richter das Recht zustehen, ein verurtheilendes Erkenntniß auszusprechen, vorausgesetzt, daß alle Umstände des Falles geeignet sind, die vollständige Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten zu begründen?

Wenigstens soviel wird man zugestehen müssen, daß
nn der Richter in einem solchen Falle verurtheilt, er
r ein ähnliches Recht in Anspruch nimmt wie oben,
nn er auf ein Geständniß die Verurtheilung aussprach;
nn wenn es gewiß ist, daß der auf sein Geständniß
uldig gesprochene Angeklagte sich nicht beschweren kann,
il er ja selbst es war, der sich schuldig sprach, so wird
n dem sich selbst indicirenden Angeklagten mindestens
viel entgegenhalten können, daß wenn auch das ver-
theilende Erkenntniß nicht allein durch seine Schuld her-
igeführt worden, es doch jedenfalls nicht ohne dieselbe
Stande gekommen ist. Wer sich selbst indicirt, macht
h selbst verdächtig. Nun ist zwar Verdacht noch keine
ewißheit der Schuld; aber wenn die übrigen Um-
nde des Falles geeignet sind, diese Gewißheit herbeizu-
hren, sollte sich der Richter da nicht berechtigt halten,
n Angeklagten, der sich selbst indicirt hat, zu verurthei-
n? Wir glauben ihm ein solches Recht zuschreiben zu
üssen; denn der Verdacht, den der Angeklagte gegen
h herbeigeführt hat, wie wenig er auch für sich allein
r Verurtheilung ausreichen mag, bildet doch mit allen
rigen Umständen des Falles zusammen ein Ganzes und
uß mit ihnen in Gemeinschaft betrachtet werden. Auch
i dem Geständniß gilt ja der Grundsatz, daß dasselbe
rch die Umstände des Falles bestätigt seyn muß, minde-
ns ihnen nicht widersprechen darf; isolirt von den Um-
nden darf mithin auch das Geständniß nicht betrachtet
rden. Aber nach demselben Princip darf man auch
n Verdacht, den der Angeklagte gegen sich herbeiführt,
t von den Umständen isoliren. Ja man kann dies
t einmal, weil jeder Verdachtsgrund seine rechte be-
ende Kraft erst aus den Umständen entnimmt; denn
ch allein betrachtet giebt jeder verdächtigende Umstand
stens eine schwache Wahrscheinlichkeit für die Annahme,

daß der Thäter die That begangen; seine ganze Beweiskraft beruhet in der Isolirung nur auf der leicht trüglichen Analogie, daß in ähnlichen Fällen ähnliche Umstände den wahren Thäter indicirt haben; erst wenn man ihn mit andern Umständen des Falles zusammenhält, kann er zu einer erheblichen Wahrscheinlichkeit führen. Deshalb kann von einer isolirten Betrachtung der verdächtigenden Umstände in der Wirklichkeit nicht die Rede seyn; aber eben deshalb kann auch ein Angeklagter, der sich durch irgend eine Handlung eines Verbrechens verdächtig gemacht hat, keinen Anspruch darauf machen, daß nur diese *einzelne* Handlung gegen ihn als Beweis angenommen werde; vielmehr muß er es sich gefallen lassen, daß wir ihn nach dem Ganzen der ihn indicirenden Umstände richten, von denen jene Handlung einen Theil bildet.

Wer sich selbst indicirt, der ist jedenfalls *schuldig*, sich, wenn er es vermag, wegen des selbstverschuldeten Verdachts zu rechtfertigen. Vermag er aber diese Rechtfertigung nicht zu geben, führt vielmehr die Untersuchung d. h. die Prüfung der Umstände den Richter *zur* gewissen Ueberzeugung seiner Schuld, so hat er keinen Grund, sich zu beschweren, daß nun auch seine Schuld vom Richter als gewiß ausgesprochen wird. Er hat, wenn man so sagen darf, sich dem Gottesurtheil der Untersuchung muthwillig unterzogen und muß nun auch den Ausspruch sich gefallen lassen, mag er für oder gegen ihn ausfallen. Mit andern Worten: er hat die Untersuchung verschuldet, und muß nun auch die Verurtheilung als eine verschuldete hinnehmen, vorausgesetzt, daß sie in den gegen ihn zeugenden Umständen wirklich begründet war.

Es kommt hier nur ein Grundsatz zur erweiterten Anwendung, der auch sonst mehrfach im Recht wiederkehrt, nämlich, daß wer das Beweisverfahren verschuldet

, sich die Anwendung von Beweismitteln gefal-
lassen muß, die er unter andern Umständen zu ver-
sen das Recht gehabt hätte. So muß sich im Civil-
zesse der Damnificant den Würderungseid des Damni-
ten über die Größe des Schadens gefallen lassen, und
Criminalrechte ist es hergebrachter Grundsatz, daß die
tände des objectiven Thatbestandes keine so strenge
hl der Beweismittel, ja selbst keinen so strengen Be-
s erfordern, wie die Thäterschaft; man begnügt sich
selbst mit bloßen Wahrscheinlichkeitsbeweisen; denn
sich der Angeklagte der That schuldig gemacht, so
n er sich nicht beschweren, daß wir ihm auch alle Fol-
n und Nebenthatsachen zurechnen, welche aus
Umständen mit Wahrscheinlichkeit sich ergeben. Aber
te man nicht auch umgekehrt sagen dürfen: hat sich
Angeklagte der That verdächtig d. h. hat er sich einer
ndlung schuldig gemacht, die mit Wahrscheinlichkeit
die verbrecherische That hinweist, so kann er sich nicht
hweren, daß wir ihn dieser selbst für schuldig erkennen,
n die übrigen Umstände jene Wahrscheinlichkeit zur
wißheit erheben. Das Princip wenigstens scheint in bei-
Fällen dasselbe, nämlich der Grundsatz, daß wo durch
eigene sittliche Verschulden des Angeklagten ein Be-
sverfahren gegen ihn herbeigeführt wird, die Entschei-
g sich mehr auf rein logischer Grundlage erbauet
. mehr den Character des historischen Beweises über-
pt an sich trägt, während sie da, wo den Angeklagten
e solche Verschuldung trifft, nur den Beweismitteln
vorherrschend sittlicher Natur, nämlich dem Geständ-
: und vollgültigen Zeugenbeweise Glauben schenkt und
urch einen strengeren juristischen Character annimmt.
ist aber dies ein Princip, welches tief in der Gerech-
kit begründet scheint; denn so wie einerseits der ehren-
e Mann einen Anspruch darauf hat, nur nach eigenem

Bekennen oder dem Zeugnisse gleich ehrenhafter Genossen gerichtet zu werden, so ist es andrerseits nur die gerechte Vergeltung, daß derjenige, der durch eigenes sittliches Verschulden Verdacht auf sich ladet, den Anspruch verliert, nach sittlichem Glauben gerichtet zu werden.

§. 5.

Nach allem diesem glauben wir die Bedingung, aber auch die Rechtfertigung des Anzeigenbeweises darin suchen zu müssen, daß der Angeklagte sich selbst inbicirt d. h. daß er sich einer Handlung schuldig gemacht hat, die ihn wegen des zur Frage stehenden Verbrechens verdächtigt. Wir nennen solche Handlung eine verschuldete Anzeige.

Die Classe der verschuldeten Anzeigen ist sehr zahlreich. Wir haben schon wiederholt Beispiele derselben angeführt. Als die am häufigsten vorkommenden lassen sich etwa folgende nennen:

1. Vorbereitungen jeder Art, namentlich auch Anschaffung der zur That dienenden Werkzeuge.

2. Drohungen oder sonstige Aeußerungen, welche die Absicht, die That zu begehen, wahrscheinlich machen.

3. Versuche, die That zu begehen, so wie Uebungen in den dazu nöthigen Fertigkeiten.

4. Versteckter Aufenhalt am Orte der That oder in der Nähe desselben, oder Versuche, sich unkenntlich zu machen.

5. Verleitung Anderer zur Verübung der That oder zur Theilnahme an derselben; desgleichen Verabredungen oder geheime Zusammenkünfte mit Personen, deren verbrecherischer Character dem Angeklagten bekannt war.

6. Theilnahme an den Vortheilen des Verbrechens, so wie ungewöhnlicher und die Vermögensverhältnisse übersteigender Aufwand.

7. Fluchtversuche und Handlungen, die auf Unterdrückung der Spuren der That oder auf sonstige Verhinderung der obrigkeitlichen Verfolgung abzwecken.

8. Lügen, Vorenthaltungen der Wahrheit und überhaupt jedes täuschende oder versteckte Benehmen vor Gericht, in sofern sich dadurch den Umständen nach das Schuldbewußtseyn des Angeklagten und das Bestreben, seine Schuld zu verbergen, mit Wahrscheinlichkeit zu erkennen giebt.

9. Ein außergerichtliches Geständniß, in sofern man dasselbe als Anzeige und nicht als unmittelbares Beweismittel betrachtet.

Zur näheren Erläuterung unserer Ansicht bemerken wir nun noch Folgendes:

Wir haben die hier gegebenen Beispiele als verschuldete Anzeigen bezeichnet, weil der aus ihnen entspringende Verdacht der eigenen Schuld des Angeklagten beizumessen ist. Seine Schuld aber setzen wir darin, daß er einzusehen im Stande war, er könne sich durch die vorgenommene Handlung oder Aeußerung in den Verdacht eines Verbrechens bringen, nichts desto weniger aber die Handlung beging. Wir verlangen daher nicht gerade, daß die zur Frage stehende Handlung schon an sich gesetzlich unerlaubt oder gar criminell strafbar sey, obwohl sie in der Regel freilich mindestens polizeilich strafbar seyn wird. Es genügt uns, daß der Angeklagte die Gefahr des aus seiner Handlung gegen ihn sich ergebenden Verdachts einzusehen im Stande war; denn soviel Vorsicht kann man wohl von jedem erwachsenen Menschen verlangen, daß er sich nicht ohne Noth in den Verdacht eines Verbrechens bringen wird. Es genügt uns mithin, daß sich der Angeklagte eines culposen Benehmens schuldig gemacht hat, wobei freilich so viel sich von selbst versteht,

daß nicht jede geringste culpa für ausreichend gehalten werden darf. Denn absolute Vorsicht ist nun einmal für Menschen unmöglich, und wie im Strafrecht überhaupt, so darf auch im Strafproceß die Fahrlässigkeit niemals auf die Goldwage gelegt werden. Das Strafrecht wägt die culpa mit sittlichem Maßstabe, und eine Fahrlässigkeit, die nicht irgendwie den Character der Unsittlichkeit an sich trägt, kommt strafrechtlich nicht in Betracht. Daraus folgt, daß leichte Unvorsichtigkeiten von der Art, wie sie Jeder täglich begeht oder doch zu begehen im Stande ist, nicht gewogen werden.

Dieser Maßstab muß denn auch hier angelegt werden. Das Verschulden des Angeklagten muß irgendwie den Character der Unsittlichkeit an sich tragen, wenn es dem Anzeigenbeweis gegen ihn Raum geben soll. Wann nun ein solches Verschulden anzunehmen ist, das hängt freilich vom Ermessen im einzelnen Falle ab. Die Verschiedenheit der Person bildet natürlich den nächsten und wichtigsten Anhaltspunkt, und hier kommt vor allen Dingen der Unterschied in Betracht, ob der Angeklagte eine Person ist, zu der man sich der That versehen kann oder nicht; denn es ist ja klar, daß man z. B. von einem Menschen, der schon mehrere Male wegen desselben Verbrechens in Untersuchung gewesen ist, eine größere Vorsicht in der Vermeidung jedes verschuldeten Verdachts verlangen darf, als von einem andern, der als rechtlicher Mann bekannt ist. Den letzteren wird man z. B. deshalb noch nicht der Unterschlagung für verdächtig halten, weil er eine in seinem Besitz befindliche fremde Sache, die gerade von keinem besonders hohen Werthe ist, zur rechten Zeit an den Eigenthümer abzugeben unterlassen hat, obwohl auch er dies nicht hätte unterlassen sollen. Dagegen der erstere wird durch solche Unterlassung natürlich der Regel nach ernstlich verdächtigt werden. Ihn trifft daher

ie Zweifel der Vorwurf einer wahren sittlichen Schuld
gen seiner Unterlassung. Dabei versteht sich freilich von
bst, daß er mit allen seinen Entschuldigungsgründen
hört werden muß, und daß von keinem Verschulden wei-
die Rede seyn kann, sobald sich ergiebt, daß die Un-
lassung unter Umständen begangen wurde, die sie als
uldlos erscheinen lassen. Denn es ist ja klar, daß sich
ne Handlung der Unterlassung angeben läßt, von der
behaupten ließe, daß sie unter allen Umständen den
äter in verschuldeten Verdacht bringen müßte, oder mit
dern Worten, daß bei ihr keine Entschuldigung denkbar
re. Ferner kann auch nicht die Rede davon seyn, die
st des Entschuldigungsbeweises dem Angeklagten in der
t aufzubürden, daß so lange er diesen Beweis nicht zu
hren vermag, ihm die Handlung als Schuld zugerechnet
irde; das Verhältniß von Beweis und Gegenbeweis
m auch hier kein anderes seyn, als an allen übrigen
allen des Criminalprocesses.

Wenn wir nun zwar einerseits verlangen, daß sich
Angeklagte den fraglichen Verdacht durch ein wirkliches
liches Verschulden zugezogen habe, wenn wir ferner
auf bestehen müssen, daß die Existenz wie die Größe
es Verschuldens nach den Umständen des concreten Fal-
bemessen werde, so halten wir es doch andrerseits nicht
nothwendig, daß er sich, als er die verdächtigende
ndlung beging, deren verdächtigende Kraft nach allen
iten hin vollständig klar gemacht hat. Am wenigsten
langen wir, daß er sich gerade die Gefahr, wegen des
s zur Frage stehenden bestimmten Verbrechens in
rdacht zu kommen, klar und deutlich vergegenwärtigt
e. Denn für das Verschulden des Angeklagten kann
ja offenbar keinen Unterschied machen, ob er, als er
verdächtigende Handlung beging, zu sich sagen mußte:
se Handlung kann dich in den Verdacht eines Dieb-

stahls, oder sie kann dich in den Verdacht eines Raubes, Mordes u. s. w. bringen.

Soviel freilich soll nicht geläugnet werden, daß es einen Unterschied macht, ob Jemand eine Handlung begeht, die ihn höchstens in Verdacht eines leichten Vergehens bringen kann, oder ob die Handlung ihn wegen eines schweren Verbrechens zu verdächtigen geeignet ist. Im ersteren Falle ist ohne Zweifel nur ein leichtes, im zweiten ein schweres Verschulden vorhanden. Allein dieser Unterschied bedarf hier kaum der Berücksichtigung; denn wir haben ja bereits oben gesehen, daß leichte Unvorsichtigkeiten, wie sie sich etwa auch wohl ein sonst sittlicher Mensch zu Schulden kommen läßt, überall nicht zur Schuld zugerechnet werden sollen, daß vielmehr in der Handlung allemal eine Unsittlichkeit liegen muß, wenn überall von einem Verschulden die Rede seyn soll. Soviel versteht sich mithin allemal von selbst, daß kein Angeklagter wegen Mordes, Raubes oder Diebstahls auf Indicien verurtheilt werden darf, wenn man ihm weiter kein Verschulden vorwerfen kann, als daß er etwa leichtsinnig genug war, sich wegen eines bloßen Polizeivergehens oder auch wegen eines unerheblichen und nicht entehrenden Criminaldelicts in Verdacht zu bringen. Allein weiter darf man auch nicht gehen und namentlich nicht verlangen, daß zwischen der Schwere des zur Untersuchung stehenden Verbrechens und dem Verschulden des Angeklagten ein bestimmtes Verhältniß stattfinden solle. Wer schuldvoll eine verdächtigende Handlung begeht, der kann sich nicht darüber beschweren, daß man ihm dieselbe auch gerade so weit zur Schuld zurechnet, wie sie ihn den vorliegenden Umständen nach wirklich verdächtigt. Er kann sich nicht etwa darauf berufen, daß er beim Begehen der Handlung nicht im Stande war, die ganze Schwere des Verdachts zu übersehen, in die ihn seine Handlung

nun gebracht hat; denn das ist ja überhaupt unmöglich, daß Jemand alle denkbare Folgen seiner Handlung vorher übersieht; aber wer mit Bewußtseyn eine gefährliche Handlung unternimmt, der muß es sich gefallen lassen, daß ihm der wirklich eingetretene Erfolg als vorausgesehen zugerechnet wird.

§. 6.

Wenn wir nun gleich es zum Begriff einer verschuldeten Anzeige keineswegs erforderlich halten, daß der Angeklagte bei Vollbringung der ihn verdächtigenden Handlung sich deren verdächtigende Beschaffenheit allseitig und namentlich in der Richtung auf das jetzt zur Untersuchung stehende bestimmte Verbrechen zum Bewußtseyn gebracht habe, so müssen wir doch andrerseits darauf bestehen, daß die verschuldete Anzeige, wenn sie zur Bedingung des Indicienbeweises dienen soll, objectiv betrachtet eine bestimmte sey, d. h. den Angeklagten wegen des jetzt zur Untersuchung stehenden Verbrechens und nicht wegen eines andern oder wegen eines verbrecherischen Lebenswandels überhaupt verdächtige. Dieser Satz kann nach dem, was oben S. 486 fgg. über den Begriff der verschuldeten Anzeige gesagt ist, keinen Zweifel leiden; er bedarf jedoch, um gehörig verstanden zu werden, einer näheren Besprechung.

Zunächst, was heißt eine bestimmte, und was eine unbestimmte Anzeige? Der Ausdruck unbestimmte Anzeige scheint auf den ersten Anblick einen Widerspruch zu enthalten; denn wo etwas angezeigt d. h. auf etwas hingewiesen werden soll, da muß dies wohl etwas Bestimmtes seyn; ein Hinweisen ins Blaue hinein kann ja offenbar zu nichts helfen. Allein man vergesse nicht, daß die Begriffe bestimmt und unbestimmt relativer Natur sind. Wenn von unbestimmten Anzeigen die Rede

ist, so kann natürlich nur die relative Unbestimmtheit gemeint seyn. Eine absolut unbestimmte Anzeige d. h. eine solche, die dieses, aber auch eben so gut jedes Andere anzeigte, wäre allerdings ein Unding; dagegen eine relative Unbestimmtheit ist bei den Anzeigen der Thäterschaft in zweifacher Hinsicht möglich: wie nämlich die auf solche Anzeigen gegründete Beweisführung sich in einer zweifachen Richtung bewegen kann, entweder in der Richtung von der That auf den Thäter d. h. den Angeklagten hin, oder umgekehrt, so kann auch die aus ihnen sich ergebende Wahrscheinlichkeit in zweifacher Hinsicht an Unbestimmtheit leiden: einmal nämlich kann es unbestimmt bleiben, ob dieser Angeklagte oder ein oder mehrere andere, die ebenfalls indicirt sind, die That begangen haben; es kann aber auch zweitens unbestimmt bleiben, ob der Angeklagte dieses Verbrechens, dessentwegen er in *Untersuchung ist*, oder ob er eine andere vielleicht ganz schuldlose That begangen hat, welche mit eben so großer Wahrscheinlichkeit durch die Anzeige indicirt wird. Hier haben wir es nur mit der zuletztgedachten Unbestimmtheit zu thun; denn da es sich hier nur um verschuldete Anzeigen d. h. um Handlungen des Angeklagten handelt, aus denen man auf die zur Untersuchung stehende That schließt, so bewegt sich die Beweisführung allemal in der Richtung von dem Thäter auf die That, und die Unbestimmtheit, an der eine verschuldete Anzeige leiden kann, besteht darin, daß sich mit der Anzeige nicht blos die Annahme, der Angeklagte habe das zur Frage stehende Verbrechen begangen, sondern eben sowohl auch die Annahme irgend einer andern verbrecherischen oder nicht verbrecherischen That vereinigen läßt, z. B. der Angeklagte hat die Flucht ergriffen, und es ist denkbar, daß er dies gethan hat im Bewußtseyn der Schuld an dem zur Frage stehenden Verbrechen; es ist aber auch eben sowohl denkbar, daß er wegen zerrütteter

:rmögensverhältnisse oder unglücklicher Familienverhält=
se aus dem Lande gegangen ist.

So lange nun solche Unbestimmtheit nicht gehoben
, d. h. so lange nicht für den Zusammenhang der ver=
uldeten Anzeige mit dem zur Frage stehenden Verbre=
n sich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit heraus=
tellt hat, kann natürlich die Anzeige nicht als Bedin=
ng des Indicienbeweises dienen; denn eine Anzeige, die
f das zur Frage stehende Verbrechen, aber mit derselben
ahrscheinlichkeit zugleich auf eine andere That hinweist,
in der That keine wahre, wenigstens keine selbstständ=
je Anzeige. Man verstehe dies recht. Nicht so viel
llen wir sagen, daß solchen Anzeigen alle und jede
erzeugende Kraft fehlt — sie können allerdings, wenn
zu andern Indicien von selbstständiger Beweiskraft hin=
reten, deren beweisende Kraft erhöhen — aber für
allein betrachtet geht ihnen jede Beweiskraft ab, sie
d ohne allen selbstständigen Werth. Was aber die Be=
gung des ganzen Indicienbeweises bilden soll, das
ß einen selbstständigen Werth haben und darf seine
nze Bedeutung nicht erst von dem entnehmen, dem es
Bedingung dienen soll.

Andrerseits versteht es sich freilich von selbst, daß
nn wir hier verlangen, die verschuldete Anzeige solle
e bestimmte seyn, wir hiermit nicht gesagt haben wol=
, sie solle diesen Character sofort auf den ersten Anblick
h. ohne nähere Untersuchung, oder, was dasselbe sagt,
ne Rücksicht auf die Umstände des Falles offenbaren.
f den ersten Anblick ist fast jede Anzeige, namentlich
er jede verschuldete Anzeige, mehr oder minder unbe=
mmt; denn der Character der verschuldeten Anzeigen
teht ja eben darin, daß sie auf Handlungen des Ange=
gten beruhen; Handlungen sind wie mehrdeutige Wor=

daß nicht jede geringste culpa für ausreichendgehalten werden darf. Denn absolute Vorsicht ist nun einmal für Menschen unmöglich, und wie im Strafrecht überhaupt, so darf auch im Strafproceß die Fahrlässigkeit niemals auf die Goldwage gelegt werden. Das Strafrecht wägt die culpa mit sittlichem Maßstabe, und eine Fahrlässigkeit, die nicht irgendwie den Character der Unsittlichkeit an sich trägt, kommt strafrechtlich nicht in Betracht. Daraus folgt, daß leichte Unvorsichtigkeiten von der Art, wie sie Jeder täglich begeht oder doch zu begehen im Stande ist, nicht gewogen werden.

Dieser Maßstab muß denn auch hier angelegt werden. Das Verschulden des Angeklagten muß irgendwie den Character der Unsittlichkeit an sich tragen, wenn es dem Anzeigenbeweis gegen ihn Raum geben soll. Wann nun ein solches Verschulden anzunehmen ist, das hängt freilich vom Ermessen im einzelnen Falle ab. Die Verschiedenheit der Person bildet natürlich den nächsten und wichtigsten Anhaltspunkt, und hier kommt vor allen Dingen der Unterschied in Betracht, ob der Angeklagte eine Person ist, zu der man sich der That versehen kann oder nicht; denn es ist ja klar, daß man z. B. von einem Menschen, der schon mehrere Male wegen desselben Verbrechens in Untersuchung gewesen ist, eine größere Vorsicht in der Vermeidung jedes verschuldeten Verdachts verlangen darf, als von einem andern, der als rechtlicher Mann bekannt ist. Den letzteren wird man z. B. deshalb noch nicht der Unterschlagung für verdächtig halten, weil er eine in seinem Besitz befindliche fremde Sache, die gerade von keinem besonders hohen Werthe ist, zur rechten Zeit an den Eigenthümer abzugeben unterlassen hat, obwohl auch er dies nicht hätte unterlassen sollen. Dagegen der erstere wird durch solche Unterlassung natürlich der Regel nach ernstlich verdächtigt werden. Ihn trifft daher

versehen kann [2]). Wir wollen nicht darüber rechten, ob der Ausdruck unbestimmte Anzeigen für Thatsachen dieser Art ganz passend ist, ziehen es jedoch vor, uns im Folgenden der Benennung allgemeiner Anzeigen zu bedienen, die ebenfalls in diesem Sinne gebraucht wird. Von großer Wichtigkeit ist uns nun hier die Frage: welchen Werth haben solche unbestimmte oder allgemeine Anzeigen für den Indicienbeweis? Wie verhalten sie sich zu dem, was wir im Obigen verschuldete Anzeigen genannt haben? Ist etwa hier überall kein Unterschied? Und wenn ein solcher da ist, können solche allgemeine Anzeigen etwa die Stelle einer verschuldeten Anzeige vertreten d. h. als ausreichende Bedingung des Indicienbeweises dienen? Oder falls sie dies nicht können, soll man etwa die Forderung stellen, daß neben der verschul-

2) Bauer Theorie des Anzeigenbeweises S. 279 giebt folgende Definition: „Unbestimmte oder allgemeine Anzeigen der Thäterschaft heißen solche Thatsachen, welche ohne besondere Beziehung auf das einzelne vorliegende Verbrechen, auf eine Geneigtheit zu Verbrechen überhaupt oder zu Verbrechen der fraglichen Art schließen lassen. Zu dieser Gattung können folgende Arten von Indicien gehören: 1. Solche persönliche Verhältnisse des Angeschuldigten, welche eine Geneigtheit desselben zu derartigen Verbrechen annehmen lassen. Dahin können nach Umständen gezählt werden: Herkunft, übler Ruf der Eltern, Geschlecht, Alter, Gemüthsart, Erziehung, Stand, Familie, böser Leumund, Hang zu Raufhändeln, Gewaltthätigkeiten oder Widersetzlichkeit. 2. Die Lebens- und Handlungsweise des Angeschuldigten, als: das Gewerbe oder der Mangel eines solchen, Müßiggang, Faulheit, Betteln, Trunksucht, Vagabondiren, Umgang oder sonstiger Verkehr mit Personen, welche er als Verbrecher oder sonst gefährliche Menschen kennt, besonders mit Hehlern und Gaunern, Aufwand ohne bekannte Erwerbsquellen und dgl. m. 3. Gewisse Handlungen und Lebensereignisse, als: früher begangene Verbrechen der Art, ausgestandene Untersuchung ohne gänzliche Freisprechung, erlittene Bestrafung, gemachte Versuche derartiger Verbrechen, oder unterlassene Verhinderung der Verbrechen Anderer oder Theilnahme an denselben, sey es als Gehülfe oder Begünstiger."

deten Anzeige noch eine allgemeine Anzeige vorliege? — Wir bemerken über diese Fragen Folgendes:

Bereits die C. C. C. hat in mehreren Fällen es zur Bedingung der Tortur gemacht, daß der Angeschuldigte eine Person sey, zu der man sich der That versehen kann. Namentlich soll nach Art. 31 §. 4 das Zeugniß Mitschuldiger, nach Art. 32 das außergerichtliche Geständniß oder die voraufgegangene Drohung des Angeklagten zur Anwendung der Folter gegen denselben nicht genügen, wenn nicht derselbe eine Person ist, zu der man sich der That versehen kann. Eben so sollen in einer Reihe von Fällen [3]) auch die besten Indicien zur Tortur nicht ausreichen, wenn nicht jene eine Hauptindicie, daß man sich zum Angeklagten der That versehen kann, daneben vorhanden ist; wenigstens werden die von der C. C. C. an den hierher gehörigen Stellen beispielsweise *angeführten* Indicien ausdrücklich für ungenügend erklärt, sofern nicht jene Hauptanzeige hinzukommt.

Andrerseits soll jedoch nach Art. 25 u. 27 die Anzeige, daß man sich zum Angeklagten der That versehen *kann*, für sich allein zur Tortur niemals ausreichen, sondern nur, wenn sie mit andern Anzeigen zusammentrifft, kann sie dazu berechtigen.

Von den neueren Gesetzgebungen haben mehrere es zur Bedingung jeder Verurtheilung auf Indicien gemacht, daß man sich zu dem Thäter der That versehen kann [4]). — Gewiß lag eine solche Bestimmung

3) Es gehören hierher die Art. 35, 41, 42, 43, 44 und gewissermaßen auch der Art. 37, welche von den Indicien des Kindermordes, der Brandstiftung, der Verrätherei, des Diebstahls, der Zauberei und des Giftmordes handeln.

4) Vergl. Strafproceßordnung für Baden von 1845 §. 262: „Die Ueberweisung des Angeschuldigten durch bloße Anzeigungen nach Maßgabe des §. 261 ist jedoch unstatthaft, wenn der Angeschuldigte nicht eine Person ist, zu der man sich nach

unsern neueren Gesetzgebungen nahe, als sie zuerst den Indicienbeweis einführten. Man fühlte wohl, daß es etwas gegen sich hat, einen völlig ehrenhaften Mann, dem man kein Verschulden vorwerfen kann, auf bloße Anzeigen hin zu verurtheilen. Man sah ohnehin schon den Anzeigenbeweis als etwas Gefährliches an, und stellte sich seine Gefahren zum Theil wohl noch größer vor, als sie in der Wirklichkeit sind; daher suchte man denn nach angemessenen Beschränkungen, und eine solche glaubte man vorzüglich darin zu finden, daß man nur solche Personen auf Anzeigen zu verurtheilen erlaubte, zu denen man sich der That versehen konnte.

Allein es fragt sich: ist eine solche Bestimmung das zu ersetzen im Stande, was wir mit der Forderung einer verschuldeten Anzeige erreichen wollen? Können bloße allgemeine Anzeigen eine genügende Berechtigung zur Anwendung des Indicienbeweises gewähren? Wir glauben nicht.

Denn zunächst fragt es sich: welches sind die allgemeinen Anzeigen, die den Angeklagten als einen

ihrem früheren Lebenswandel, oder ihren persönlichen Eigenschaften, oder ihren besonderen Beweggründen zur That, des Verbrechens, dessen sie beschuldigt ist, versehen kann." — Mecklenburgische Verordnung über den Beweis im Criminalprozesse §. 10: „Es muß aus der Untersuchung, unabhängig von den auf die Verübung des in Frage stehenden Verbrechens bezüglichen Anzeigen, sich ergeben, daß der Angeschuldigte eine Person ist, zu der man sich der That wohl versehen kann, entweder weil nach seinem Rufe oder nach seinem Lebenswandel eine Geneigtheit desselben zu diesem oder einem ähnlichen Verbrechen anzunehmen ist, oder weil er eine solche Geneigtheit bestimmt zu erkennen gegeben hat." — Preußische Criminalordnung von 1805 §. 405: „Wenn mehrere, mit einander übereinstimmende Anzeigen in einem Falle zusammentreffen, und durch den schlimmen Character und durch die bisherige schlechte Lebensweise des Inculpaten unterstützt werden, so ist ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit vorhanden, bei dem eine außerordentliche Strafe in der Regel kein Bedenken haben kann."

Menschen, zu dem man sich der That versehen kann, indiciren? — Bauer rechnet dahin unter andern: Herkunft, üblen Ruf der Eltern, Geschlecht, Alter, Gemüthsart, Erziehung, Stand, Familie. Alles dies sind unverschuldete Anzeigen, und daß sich auf sie nicht die Berechtigung zur Anwendung des Indicienbeweises gründen läßt, leuchtet von selbst ein. Es hätte daher auch keinen Sinn, wenn man das Vorhandenseyn solcher Anzeigen zur Bedingung der Verurtheilung machen wollte; ob sie da sind oder ob sie fehlen, mag im einzelnen Falle immerhin von Bedeutung seyn, im Allgemeinen darf man ihnen nur eine logische und zwar eine untergeordnete Bedeutung beilegen, sie können höchstens zur Bestärkung der aus den vorhandenen besonderen Anzeigen geschöpften Ueberzeugung dienen. Daher haben denn auch unsere Gesetzgebungen sich näher darüber erklären zu müssen geglaubt, worauf der Richter sein Augenmerk zu richten habe, um zu entscheiden, ob man sich zu dem Angeklagten der That versehen könne. Im Allgemeinen haben sie zwei Gesichtspunkte hervorgehoben, den üblen Ruf und die bisherige schlechte Handlungsweise des Angeschuldigten. Bereits die C. C. C. Art. 25 verlangt, man solle darauf sehen, ob der Angeklagte eine solche verwegene oder leichtfertige Person von bösem Leumund und Gerücht sey, daß man sich der Missethat zu ihr versehen möge, oder ob dieselbe Person dergleichen Missethat vormals geübt oder unterstanden habe oder derselben bezüchtigt worden sey [5]).

Allein welchen Werth man auch beim Indicienbeweise dem schlechten Rufe des Angeklagten beilegen, wie sehr man auch es anerkennen mag, daß ihm in den

---

5) Vergl. hiermit die oben S. 500 fg. in der Note angeführten Gesetzesstellen.

meisten Fällen etwas Wahres zum Grunde liegt, so bleibt doch allemal so viel gewiß: es kann ein Mensch auch unverschuldet in üblen Ruf kommen. Zur Bedingung des Anzeigenbeweises eignet sich daher auch dieses Merkmal nicht; denn die Berechtigung zur Verurtheilung auf Anzeigen darf nur aus einem eigenen Verschulden des Angeklagten entnommen werden. Man wird sich daher blos auf den zweiten der angegebenen Gesichtspunkte, nämlich auf die bisherige schlechte Handlungsweise beschränken müssen. Man wird darauf zu sehen haben, ob der Angeklagte schon früher etwa ein Verbrechen begangen oder versucht, oder ob er sonst irgend etwas gethan oder geäußert hat, woraus sich auf seine Geneigtheit zu Verbrechen überhaupt oder zu Verbrechen der vorliegenden Art schließen läßt.

Die erwiesene schlechte Handlungsweise ist allerdings etwas Verschuldetes, und wenn man sie zur Bedingung des Indicienbeweises macht, so scheint man hiermit nur dasselbe zu wollen, was wir oben gefordert haben, nämlich daß allemal eine verschuldete Anzeige gegen den Angeklagten vorliegen soll. Der Unterschied scheint nur darin zu liegen, daß wir das Vorhandenseyn einer speciellen Anzeige fordern, d. h. einer Handlung, durch welche sich der Angeklagte bestimmt wegen des jetzt zur Untersuchung stehenden Verbrechens verdächtigt hat, während man anderseits sich mit allgemeinen (unbestimmten) Anzeigen begnügt, d. h. mit solchen Handlungen, die den Angeklagten nur im Allgemeinen als einen zu Verbrechen überhaupt oder zu Verbrechen der fraglichen Art geneigten Menschen darstellen. Man könnte daher auf den Gedanken kommen, daß es das Sicherste sey, beide Forderungen mit einander zu verbinden, d. h. zu verlangen, daß nicht blos der Angeklagte sich durch seine bisherige Handlungsweise als ein zu Verbrechen überhaupt oder zu Verbrechen der fragli-

chen Art geneigter Mensch ausgewiesen, sondern auch außerdem eine Handlung begangen habe, die ihn speciell wegen des jetzt zur Frage stehenden Verbrechens verdächtigt.

Allein hiermit ginge man denn doch zu weit; denn es ist ja klar, daß dieselbe Handlung, welche den Angeklagten wegen des jetzt zur Frage stehenden Verbrechens verdächtigt, ihn auch als einen zu Verbrechen überhaupt oder zu Verbrechen der fraglichen Art geneigten Menschen ausweisen kann. Wenn er z. B. mit erwiesenen Theilnehmern der That heimlichen Verkehr gehabt, wenn er mit der That vorher gedrohet oder sich nachher derselben verrühmt oder sich die Vortheile derselben angeeignet hat u. s. w., so sind dies alles Umstände, die ihn eben so sehr als einen zu Verbrechen geneigten Menschen überhaupt wie auch wegen der jetzt zur Frage stehenden That insbesondere verdächtigen. Wozu will man denn in solchen Fällen noch verlangen, daß der Angeklagte sich außerdem noch durch seinen bisherigen Lebenswandel als einen zu Verbrechen geneigten Menschen ausgewiesen habe? Wozu will man dies namentlich auch da verlangen, wo der Angeklagte sich bei der Untersuchung in einer Weise benimmt, wie man es von einem Menschen, der sich seiner Unschuld bewußt ist, unter keinen Umständen erwarten darf? Es ist wohl wahr: auf Indicien soll kein Mensch verurtheilt werden, zu dem man sich nicht der That versehen kann; aber daß man sich zu einem Menschen der That zu versehen hat, das darf doch nicht blos aus seinem bisherigen Lebenswandel oder überhaupt aus Gründen, die jenseits der gegenwärtigen Untersuchung liegen, gefolgert werden, sondern kann eben sowohl aus den zur Untersuchung stehenden Thatsachen oder aus dem Benehmen des Angeklagten während der Untersuchung sich ergeben.

Sind dagegen die zur Untersuchung stehenden Thatsachen und ist auch das Benehmen des Angeklagten während der Untersuchung nicht der Art, daß sie zu einer solchen Folgerung berechtigen, dann verlangen freilich auch wir, daß allgemeine Gründe vorliegen, aus denen sich folgern läßt, daß der Thäter ein Mensch ist, zu dem man sich der That versehen kann. Es enthält jedoch diese Forderung im Grunde für uns nichts Neues, sondern fällt mit dem zusammen, was wir oben S. 485 fg. über den Begriff einer verschuldeten Anzeige gesagt haben. Wenn wir nämlich dort das Verschulden des Angeklagten darein setzten, daß derselbe, obwohl er im Stande war einzusehen, seine Handlung könne ihn in den Verdacht eines Verbrechens bringen, nichts desto weniger dieselbe beging; wenn wir ferner bemerkten, die Frage, ob ein solches Verschulden vorliege, könne nur mit Rücksicht auf den concreten Fall, insbesondere auf die Persönlichkeit des Angeschuldigten beantwortet werden, weil dieselbe Handlung, die einen vollkommen ehrenhaften Mann nicht im geringsten verdächtige, für einen andern sehr verdächtigend seyn könne; wenn wir nun überdies das Vorhandenseyn einer verschuldeten Anzeige zu jeder Verurtheilung auf Indicien verlangten: so leidet es wohl keinen Zweifel, daß sich bei uns die Forderung, daß man sich zu dem Angeklagten der That müsse versehen können, allemal von selbst versteht, und daß wir dieselbe nicht mehr als einen selbstständigen Grundsatz für die Theorie des Anzeigenbeweises auszusprechen brauchen. Wir bedürfen dieser Forderung nicht mehr, weil das, was wir fordern, ohne Zweifel schon mehr umfaßt, als was man mit ihr erreichen will; denn wenn wir zu jeder Verurtheilung das Vorhandenseyn einer verschuldeten Anzeige machen, und zwar einer solchen, welche sich bestimmt auf das gegen-

wärtig zur Untersuchung stehende Verbrechen bezieht, so ist diese Bedingung offenbar strenger, als wenn man sich damit begnügt, bloße allgemeine Anzeigen zu fordern, wie sehr man auch in der Wahl dieser Anzeigen die Rücksicht des sittlichen Verschuldens vorwalten lassen mag; andrerseits enthält sie aber auch nicht weniger, da ein sittliches Verschulden an dem Verdacht nur denkbar ist, wenn der Angeklagte entweder schon nach seiner Persönlichkeit oder nach seiner ihn verdächtigenden Handlung als ein Mensch erscheint, zu dem man sich der That versehen kann.

Es fragt sich aber: was gehört dazu, daß man sich zum Angeklagten der That versehen kann? Wie wir oben sahen, hat man alles hierher gerechnet, was irgendwie auf Geneigtheit des Angeklagten zu Verbrechen schließen läßt, mithin auch solche allgemeine Anzeigen, die durchaus kein eigenes Verschulden des Angeklagten voraussetzen, z. B. Herkunft, übler Ruf der Eltern, Geschlecht, Alter, Gemüthsart, Erziehung, Stand, Familie, böser Leumund. Dies ist offenbar zu weit gegangen, sobald man auf solche allgemeine Indicien allein die Berechtigung zum Anzeigenbeweise gründen will. Diese Berechtigung kann immer nur auf ein eigenes Verschulden des Angeklagten gebauet werden; und sollen daher allgemeine Indicien für sich allein als ausreichend angesehen werden, so muß man sich, wie wir oben gezeigt haben, lediglich an den bisherigen Lebenswandel des Angeklagten halten; nicht nach seiner Herkunft, Stand, Familie, selbst nicht nach seinem bösen Ruf darf man fragen, sondern nur nach seinem bösen Thun und Lassen, d. h. nach solchen Handlungen und Aeußerungen, durch die er seine Geneigtheit zu Verbrechen zu erkennen gegeben hat; daß übrigens auch schon eine einzige Handlung oder

ußerung solche Geneigtheit hinlänglich darthun kann,
rsteht sich von selbst.

Ein Andres ist es, wenn man, wie wir, sich mit
ßen allgemeinen Anzeigen überall nicht begnügt, son-
rn das Vorhandenseyn einer verschuldeten besondern
zeige zur Bedingung des Indicienbeweises macht. In
sem Falle darf man natürlich das Verschulden nicht in
Angeklagten früheren Lebenswandel, sondern allemal
r in der jetzt zur Frage stehenden verdächtigenden Hand-
ng suchen. Ob aber in dieser wirklich ein Verschulden
finden ist, das hängt, wie wir oben gesehen haben, in
n Fällen, in welchen nicht die Handlung an und für sich
on den Angeklagten als einen zu Verbrechen geneigten
enschen darstellt, wesentlich davon ab, in wiefern sich
ie solche Geneigtheit aus sonstigen Umständen entnehmen
ßt; und hierbei bildet dann freilich der frühere Lebens-
andel allemal einen sehr wichtigen, aber doch keines-
gs den einzigen Anhaltspunkt, vielmehr kommen alle
ine persönlichen Verhältnisse, insbesondere
r bisheriger Ruf, mit in Betracht; denn es versteht sich
von selbst, daß ein Mensch, der einmal im üblen Rufe
st, sich durch Handlungen verdächtigen kann, die von
em unbescholtenen Manne begangen durchaus nichts
rdächtigendes haben, und daß wir daher ihm solche
ndlungen zur Schuld zuzurechnen befugt sind, wenn
ihre verdächtigende Kraft einzusehen im Stande war,
d sie dennoch nicht unterließ.

§. 8.

Das Vorstehende möge genügen, um unsre Stel-
ng zu dem bekannten Grundsatz, daß man sich zum
äter müsse der That versehen können, darzulegen. Wir
uben allerdings, daß die Theorie des Indicienbeweises
diesem Grundsatze nicht mehr stehen bleiben kann, son-

dern über ihn hinausgehen muß, während sie andrerseits jedoch das Wahre, was in diesem Grundsatze liegt, zu conserviren hat. Beides glauben wir durch unsern Begriff der verschuldeten Anzeigen gethan zu haben. Hier möge nur noch auf einen Punkt aufmerksam gemacht werden, der im Obigen nicht näher erörtert werden konnte.

Man ist sich, wie wir gesehen haben, nie darüber einig geworden, was eigentlich dazu gehöre, damit man sich zu einem Menschen der That versehen könne. Theils wußte man nicht, an welche allgemeine Anzeigen man sich zu halten habe, ob etwa blos an den bisherigen Lebenswandel des Angeklagten, oder an den Lebenswandel und den Ruf, oder zugleich noch an andere persönliche Verhältnisse, die völlig außer der Macht des Angeklagten stehen, z. B. Herkunft, Stand, Erziehung, Temperament u. s. w. Was aber eben so wichtig ist und vielleicht noch wichtiger, man wußte nicht, was man eigentlich aus diesen allgemeinen Anzeigen folgern wollte. Man wollte folgern, daß der Angeklagte ein Mensch sey, zu dem man sich der That versehen könnte, d. h. ein zu Verbrechen geneigter Mensch. Aber zu welchen Verbrechen? zu allen möglichen? Das wäre offenbar zuviel verlangt; denn einen Menschen, der zu allen Verbrechen die Neigung in sich trägt, giebt es nicht. Oder etwa zu irgend einem Verbrechen, es sey welches es wolle? Das aber wäre zu wenig verlangt; denn wenn ein Mensch z. B. eines Mordes angeklagt ist und man beweist ihm, daß er etwa eine Neigung zu kleinen Diebstählen oder Betrügereien in sich trägt, so hat man hiermit doch noch in der That keine Anzeige für seine Mordlust. — Es bleibt daher nichts übrig, als daß man auf die Aehnlichkeit der Verbrechen sieht, d. h. nur dann hat man den Angeklagten für einen Menschen zu halten, zu dem man sich der That versehen kann, wenn man sich von

seiner Geneigtheit zu ähnlichen Verbrechen überzeugt hat. Dies ist auch ohne Zweifel der Sinn, in dem man bewußt oder unbewußt den Ausdruck Sich=versehen=können in der Regel genommen hat. Allein auch bei dieser Fassung ist man nicht aus den Schwierigkeiten heraus; denn man erwäge nur: je schwerer ein Verbrechen, um so mehr steht es gewissermaßen isolirt da; man kann nicht behaupten: dieser Mensch ist zum Morden geneigt, weil er sich stets als ein Raufbold gezeigt hat, oder zum Brandstifter, weil er einen großen Diebstahl begangen hat; man kann so etwas wenigstens nicht mit einiger Wahrscheinlichkeit behaupten, so lange man nicht den Character des Angeklagten tiefer psychologisch ergründet hat. Ueberhaupt sieht man ja leicht ein, daß wenn es ernsthaft darauf ankommt, die Geneigtheit eines Menschen zu Verbrechen gewisser Art zu erweisen, die Untersuchung sich sofort ins Gebiet der Psychologie verliert, sofern nicht etwa der Angeklagte durch Handlungen oder Aeußerungen seine Geneigtheit bestimmt an den Tag gelegt hat. Der letztere Fall ist aber gerade bei den schwersten Verbrechen am seltensten, und so sieht man sich denn in den wichtigsten Fällen immer in das dunkle Gebiet der Psychologie versetzt. Damit aber verliert man allen festen Boden, und der Grundsatz, daß man sich zum Angeklagten der That müsse versehen können, wird gerade in den schwersten Fällen practisch unbrauchbar, weil es an klaren Anhaltspunkten fehlt, nach denen man die Frage, auf die es ankommt, entscheiden kann.

Auch wir fordern zwar, daß man sich zu dem Angeklagten der That solle versehen können; allein da wir nicht auf dieses allgemeine Indicium, sondern auf das Vorhandenseyn einer besondern verschuldeten Anzeige die Berechtigung zur Verurtheilung des Angeklagten gründen, so gewinnt die Forderung selbst einen ganz andern Sinn.

Ist die verschuldete Anzeige der Art, daß sie allein schon hinreicht, den Angeklagten als einen Menschen darzustellen, zu dem man sich der That versehen kann, so bedarf es natürlich keiner weiteren allgemeinen Anzeigen, um uns zur Anwendung des Indicienbeweises zu berechtigen. Ist dagegen die verschuldete Anzeige für sich allein betrachtet mehrfacher Auslegung fähig, so wird freilich das Vorhandenseyn allgemeiner Anzeigen gefährdet werden müssen; allein diese allgemeinen Anzeigen sind dann nur als die näheren Umstände anzusehen, durch welche die verschuldete Anzeige in ihr rechtes Licht gestellt wird. Es kommt darauf an, ob ein wirkliches Verschulden auf Seiten des Angeklagten vorlag, als er die ihn verdächtigende Handlung beging, und dieses ist anzunehmen, sobald sich herausstellt, daß er ein Mensch ist, dem man das zur Untersuchung stehende Verbrechen zutrauen konnte; denn ein solcher Mensch hat natürlich verdächtigende Handlungen mit größerer Vorsicht zu meiden, als ein andrer, der sich bewußt ist, daß Niemand ihn des Verbrechens für fähig hält. Die Frage nun, ob man dem Angeklagten das Verbrechen zutrauen konnte, wird allerdings nach allgemeinen Anzeigen zu entscheiden seyn; allein es kommt hier offenbar nicht auf psychologische Erörterungen an; denn nicht darum, was wir von dem Angeklagten denken sollen, sondern was man wirklich von ihm zu denken gewohnt war, handelt es sich; nicht auf welchen Gründen seine Verdächtigkeit beruht, sondern darauf, daß sie vorhanden ist, kommt es an, und diese Frage kann natürlich nur nach des Angeklagten persönlichen Verhältnissen, seinem Rufe und bisherigen Lebenswandel entschieden werden. — Daher hat die Forderung, daß man sich zum Angeklagten der That müsse versehen können, für uns auf keinen Fall einen psychologischen Sinn.

§. 9.

Eine fernere Frage ist: muß die verschuldete Anzeige,
f welche wir die Berechtigung zur Anwendung des Indi-
nbeweises gründen, eine nahe oder entfernte seyn?
wiel den Begriff von nahen und entfernten Anzeigen be-
ft, so glauben wir, daß er in einer logischen Theorie des In-
ienbeweises anders gefaßt werden müßte, als es gewöhn-
geschieht. Es handelt sich hier in der That um etwas
deres, als um einen bloßen Gradunterschied; denn so
e alle Wahrscheinlichkeit auf Harmonie der Erkenntnisse
uhet, diese aber eine zweifache ist, nämlich entweder die
rmonie einzelner Erkenntnisse oder des Ganzen unserer
kenntniß, woraus dann der Unterschied einer niederen
d höheren Wahrscheinlichkeit entspringt, so giebt es auch
en Unterschied von niederen und höheren Anzeigen
Thäterschaft. Das Characteristische der letzteren, die
n allein als nahe oder dringende Anzeigen bezeich-
1 sollte, besteht darin, daß sie uns zwischen zwei Alter-
tiven stellen: nämlich wir müssen, wenn eine solche An-
ge vorliegt, entweder annehmen, der Angeklagte habe
Thät begangen, oder wir müssen irgend etwas Ande-
annehmen, das wider die Wahrscheinlichkeit ist, d. h.
s wir nach unsrer Erkenntniß von dem Gange der Be-
benheiten nicht bloß nicht erwarten (unwahrscheinlich
den), sondern von dem wir bestimmt das Gegentheil
warten, so daß es uns, wenn es eintritt, als eine Stö-
ng des Ganges der Begebenheiten erscheint. Dieses
nnzeichen fehlt den niederen (entfernten) Indicien. So
B. ist es ohne Zweifel nur eine entfernte Anzeige, wenn
Angeklagte mit der That gedrohet hat; denn es liegt
keine Widerwahrscheinlichkeit sondern höchstens eine
ße Unwahrscheinlichkeit darin, daß Jemand, der eine
ohung ausspricht, diese unausgeführt läßt, ein Ande-

rer aber später eine ähnliche That ausführt. Etwas Anderes wäre es, wenn der Angeklagte einen genau bestimmten Plan der Begehung des Verbrechens entworfen hätte, und die That nun wirklich später in Uebereinstimmung mit diesem Plane ausgeführt wäre. In diesem Falle ist eine dringende Anzeige vorhanden, daß der Angeklagte der Thäter sey, es wäre denn, daß Gründe vorlägen, zu vermuthen, ein Anderer habe sich den von dem Angeklagten entworfenen Plan angeeignet; denn wo keine solche Gründe vorliegen, da bleibt uns nur die Wahl anzunehmen, der Angeklagte habe die That in Uebereinstimmung mit seinem Plane ausgeführt, oder es sey diese Uebereinstimmung ein Werk des Zufalls. Denn eine reine Zufälligkeit wäre es ja, daß ein Anderer die That genau in derselben Weise ausführen sollte, wie der Angeklagte vorher den Plan dazu entworfen hatte. Aber einen solchen Zufall anzunehmen, das hieße nicht das Unwahrscheinliche, sondern das Widerwahrscheinliche glauben. Darum entspringt aus der vorliegenden Uebereinstimmung eine dringende Anzeige gegen den Angeklagten.

Nimmt man nun den Ausdruck „dringende Anzeige" in dem hier angegebenen Sinne, so kann man nicht verlangen, daß die verschuldete Anzeige allemal zugleich eine dringende seyn soll. Was man fordern kann, ist vielmehr nur, daß die verschuldete Anzeige so stark sey, um die Versetzung in den Anklagestand zu begründen; denn darin, daß der Angeklagte durch seine verdächtigende Handlung, die gegen ihn eingeleitete Untersuchung verschuldete, fanden wir ja eben die Rechtfertigung des Anzeigenbeweises; mithin braucht der aus seiner Handlung gegen ihn entspringende Verdacht auch nicht stärker zu seyn, als zur Begründung der Specialuntersuchung nöthig ist, und es würde, um bei dem obigen Beispiel stehen zu bleiben, eine einfache Drohung als eine zur Anwendung des Indicien-

weises ausreichende verschuldete Anzeige anzusehen seyn, in sofern man sie zur Einleitung der Specialuntersuchung für ausreichend hält.

Das hier Gesagte ist jedoch nicht so zu verstehen, als ob wir das Vorhandenseyn einer dringenden Anzeige überall nicht zur Verurtheilung erforderlich hielten, sondern dem Richter gestatten wollten, auf bloße entfernte Indicien ein verurtheilendes Erkenntniß auszusprechen. Dies ist nicht unsere Meinung; vielmehr sind wir der Ansicht, daß, logisch betrachtet, zu jedem vollständigen Indicienbeweise das Vorhandenseyn einer dringenden Anzeige gehört; allein diese Forderung ist eben eine logische, mit der wir es hier nicht zu thun haben; hier fordern wir nur, daß eine verschuldete Anzeige vorliege. Wir haben es also in der That mit zwei verschiedenen Forderungen zu thun: es soll eine dringende und eine verschuldete Anzeige vorliegen. Es versteht sich aber von selbst, daß diesen beiden Forderungen in zweifacher Weise Genüge geschehen kann: entweder so, daß eine und dieselbe Anzeige beide Eigenschaften zugleich in sich vereinigt, oder in der Art, daß zwei Anzeigen vorliegen, von denen die eine als dringende, die andere als verschuldete erscheint.

Wir verlangen also, wie gesagt, nicht, daß die verschuldete Anzeige zugleich die Eigenschaft einer dringenden hat; wohl aber soll sie so stark seyn, daß durch sie die Einleitung der Specialuntersuchung gerechtfertigt wird. Welchen Grad der Stärke nun eine Anzeige haben muß, um der Einleitung einer Specialuntersuchung als genügender Rechtfertigungsgrund zu dienen, ist eine Frage, deren Entscheidung freilich in der Theorie schwerer ist, als in der Praxis. In der Praxis ist man bekanntlich mit der Entscheidung der Regel nach nicht allzu schwierig und braucht es auch nicht zu seyn, da ja die Versetzung in den Anklagestand kein so großes Uebel ist wie die Verurthei-

lung, ja für den Angeklagten sogar eine Wohlthat werden kann, da sie ihm Gelegenheit giebt, sich von einem falschen Verdacht zu reinigen. Theoretisch läßt sich über die ganze Frage wenig mehr sagen, als: die Anzeige darf nicht zu schwach seyn; sie braucht aber auch nicht gerade zu den stärksten zu gehören. Mit dieser Auskunft werden wir uns denn auch hier begnügen müssen, sofern wir es nicht vorziehen wollen, unsere Ansicht an einzelnen Beispielen deutlich zu machen. Letzteres würde jedoch hier zu weit führen, und an eine principielle Behandlung der Frage ist natürlich nicht zu denken, da es überall noch keine Theorie des Indicienbeweises, viel weniger auch nur einen ungefähren Maßstab (einen genauern wird es nie geben können) für die Stärke der Anzeigen giebt.

Nur das Eine dürfte hier noch bemerkt werden, daß die Stärke der verschuldeten Anzeige durch keine Gegenanzeigen erheblich geschwächt seyn darf. Diese Forderung scheint sich zwar auf den ersten Anblick von selbst zu verstehen, da ja jede Anzeige nur in soweit Anzeige ist, wie sie nicht durch Gegenanzeigen ihrer Kraft beraubt wird. Allein das letztere ist doch nur so lange ganz wahr, wie man die Anzeige für sich allein der Gegenanzeige gegenüberstellt. Betrachtet man dagegen die Anzeige im Zusammenhange mit den übrigen Anzeigen des concreten Falles, so leidet es keinen Zweifel, daß ihre Kraft durch das Zusammenseyn mit diesen übrigen Anzeigen vermehrt wird, und sie daher nicht nothwendig alle Bedeutung verliert, wenn auch die Gegenanzeige ihr an Stärke fast oder ganz gleichkommen sollte. Hier indessen, wo die verschuldete Anzeige als Bedingung des Indicienbeweises dienen soll, darf sie natürlich ihre Bedeutung nicht erst von andern Anzeigen entlehnen, sondern muß in selbstständiger und ungeschwächter Kraft dastehen.

§. 10.

Das Vorstehende enthält unsere wesentliche Ansicht über den Begriff und die Erfordernisse der verschuldeten Anzeigen. Wir lassen nun noch einige Bemerkungen über den logischen und practischen Werth dieser Anzeigen folgen, die hoffentlich dazu dienen werden, unsere Forderung, daß keine Verurtheilung auf Indicien ohne Vorhandenseyn einer verschuldeten Anzeige zu Stande kommen soll, auch dann noch einigermaßen gerechtfertigt erscheinen zu lassen, wenn man mit der obigen Begründung dieser Forderung nicht einverstanden seyn sollte.

Es ist oft gesagt worden, daß es beim Anzeigenbeweise hauptsächlich auf die Erklärungen des Angeschuldigten über die einzelnen Anzeigen ankomme. So sagt z. B. Bauer [6]): Durch diese Erklärungen des Angeschuldigten werden entweder die anzeigenden Thatsachen unrichtig oder die Schlußfolge als falsch dargestellt und also das Indicium beseitigt oder im Gegentheil die Beweiskraft der Anzeigen bedeutend erhöht werden, wie z. B. wenn der Angeschuldigte erwiesene Thatsachen läugnet, oder Umstände, deren Unwahrheit ausgemittelt wird, angiebt, oder seine Angaben ändert. — Kein erfahrener Practiker wird es bestreiten, daß gerade hierin ein vorzüglicher Grund der Kraft des Anzeigenbeweises und eine wichtige Sicherung gegen Täuschung und Leichtgläubigkeit liegt.

Aehnlich Mittermaier [7]): Da jede Anzeige, wenn sie auch auf eine im physischen Zusammenhang mit dem Verbrechen stehende Thatsache sich stützt, nur ausspricht, daß der Verdächtige in irgend einem Zusammenhange mit der That

---

6) Theorie des Anzeigenbeweises S. 193.

7) Das deutsche Strafverfahren 4te Aufl. Bd. 2. S. 451.

stand, da aber der Zusammenhang ebensowohl als ein rechtlicher, wie als ein auf Theilnahme am Verbrechen führender gedacht werden kann, so entscheidet erst die Art, wie der Verdächtige sich über den Zusammenhang erklärt, über den wirklich entstehenden Verdacht, und es kommt darauf an, ob ein unverdächtiger Zusammenhang nachgewiesen ist, oder ob der Mangel dieser Nachweisung den verdächtigen Zusammenhang wahrscheinlich macht. Je mehr der Angeschuldigte aufgefordert war, sich über die kleinsten Nebenumstände und selbst über jede Schlußfolgerung, die man aus der Thatsache gegen ihn ableiten will, zu erklären und er nicht befriedigend sich erklärte, desto mehr steigt die Beweiskraft.

Wenn aber dem so ist, so kann man sich nur wundern, daß nicht längst in der Lehre vom Anzeigenbeweis ein Unterschied gemacht ist zwischen solchen Anzeigen, über die man vom Angeklagten eine Verantwortung verlangen, und andere, über die man diese nicht verlangen kann. In der That gilt das, was hier von Bauer und Mittermaier gesagt wird, nicht von allen Anzeigen ohne Unterschied, sondern im Allgemeinen nur von solchen Fällen, wo der Angeklagte den Zusammenhang wissen kann und wissen muß; vollständig und unbedingt aber gilt es nur von den Anzeigen, die durch des Angeklagten eigenes Thun oder Lassen herbeigeführt sind, d. h. von denen, die wir als verschuldete Anzeigen bezeichnet haben. Nur über diese sind wir Verantwortung zu fordern berechtigt.

Zwar das ist ja ganz gewiß, daß man über jede Anzeige den Angeschuldigten zur Erklärung auffordern muß. Es ist dies ein unzweifelhaftes Recht des Angeschuldigten und auch zur logischen Gewißheit des Anzeigenbeweises deshalb nothwendig, weil man ja nie mit Sicherheit voraussehen kann, ob nicht der Angeklagte etwas zur Auf-

klärung der Anzeige vorbringen und dadurch den Verdacht von sich entfernen kann. Eine Anzeige, über die der Angeklagte gar nicht vernommen ist, hat daher entweder gar keinen oder doch nur einen geringen Werth. Ist er aber vernommen und hat eine Erklärung abgegeben, dann freilich gestalten sich die Fälle nach der abgegebenen Erklärung und der Natur der Anzeigen sehr verschieden: entweder nämlich die Erklärung genügt, um allen Verdacht zu entfernen, so hat die Anzeige natürlich aufgehört zu existiren; oder sie genügt nicht, den Verdacht zu entfernen, ja nicht einmal ihn zu vermindern, dann tritt der von uns angegebene Unterschied zwischen Anzeigen, über die man Verantwortung verlangen kann, und andere, bei denen man es nicht kann, in seiner Wichtigkeit hervor.

Es giebt nämlich ohne Frage eine Classe von Anzeigen, von denen man sagen kann, daß sie ohne Wissen und Wollen des Angeschuldigten, ja gewissermaßen hinter seinem Rücken entstehen. Dahin gehört namentlich Alles, was dritte Personen über den Angeklagten und sein Verhältniß zur That gesprochen haben. Dahin gehört ferner die Aehnlichkeit des Angeklagten mit der zu den Acten gekommenen Personalbeschreibung des Thäters. Dahin gehört aber überhaupt mehr oder minder Alles, was so ist wie es ist, ohne daß der Angeklagte es ändern oder den daraus entspringenden Verdacht voraussehen konnte, mithin seine persönlichen Verhältnisse, in soweit er sie nicht gerade so gemacht hat, wie sie ihn jetzt verdächtigen, ja selbst sein Gemüthszustand, in sofern er von seinem Wollen unabhängig ist oder doch in sofern er ihm nicht zum Bewußtseyn kommt. Bei allen diesen Anzeigen kann man vom Angeklagten nicht fordern, daß er sich über sie verantworte. Zwar wird man ihn über sie vernehmen, aber nicht in der Form der Vorhaltung, nicht mit dem Rechte

und in der Erwartung, von ihm eine befriedigende Antwort zu erhalten, sondern in den meisten Fällen nur um der Vollständigkeit der Untersuchung und der Möglichkeit willen, daß er etwa eine Aufklärung zu geben im Stande wäre. Aber nichts hindert ihn, uns diese Aufklärung zu verweigern, d. h. mit einem einfachen „ich weiß den Zusammenhang nicht" zu antworten. Es handelt sich ja um Dinge, die Niemand zu wissen braucht und oft auch wirklich nicht wissen kann. Was wollen wir denn dem Angeklagten entgegensetzen, wenn er sich hinter sein Nichtwissen versteckt? In allen solchen Fällen ist der Untersuchungsrichter einen im Läugnen geübten Angeklagten gegenüber mit seiner Kunst am Ende. Aber auch der erkennende Richter wird aus solchem Nichtwissen des Angeklagten keinen neuen Verdachtsgrund herleiten können. Mag er immerhin subjectiv der Ansicht seyn, daß jenes Nichtwissen nur eine leere Ausrede war, mag ihn immerhin der lügenhafte Character des Angeschuldigten, vielleicht auch die Form, in der dieser seine Ausrede vortrug, zu solcher Ansicht berechtigen: solche Gründe sind doch zu wenig greifbar und sicher, als daß man auf sie ein gerichtliches Erkenntniß bauen könnte. Daher kann von einem Wachsen des Verdachts durch die Ausrede des Angeklagten hier nicht die Rede seyn, es wäre denn, daß es uns gelänge, ihn der Lüge zu überführen.

Eine andere Classe von Anzeigen giebt es, über die wir zwar ebenfalls keine Verantwortung verlangen können, wohl aber in der Regel eine befriedigende Erklärung erwarten dürfen. Es sind dies diejenigen, von denen wir zwar nicht mit Nothwendigkeit, wohl aber mit Wahrscheinlichkeit annehmen können, daß sie entweder durch des Angeklagten eigne Schuld oder doch nicht ohne sein Wissen herbeigeführt sind, z. B. die gestohlene Sache wird bei dem Angeklagten oder eine dem Angeklagten ge-

hörige Sache wird am Orte des Verbrechens gefunden, oder an den Kleidungsstücken des Angeklagten finden sich Blutspuren u. s. w. Anzeigen dieser Art können leicht mit verschuldeten verwechselt werden; sie sind aber in der That von ihnen verschieden; denn wir haben es hier immer noch nicht mit einer Handlung des Angeklagten zu thun, sondern nur mit einem Umstande, der wahrscheinlich durch eine Handlung des Angeklagten oder doch nicht ohne sein Wissen herbeigeführt ist. Darum mögen wir wohl von ihm eine befriedigende Erklärung erwarten, Verantwortung können wir nicht von ihm verlangen; denn wir vermögen ihm nicht mit Sicherheit vorzuwerfen, er selbst habe diese Anzeige durch eigne Schuld herbeigeführt. Wir sind daher ihm gegenüber zwar immerhin in besserer Lage als bei den Anzeigen der vorigen Classe, weil er in der Mehrzahl der Fälle sich nicht wohl, ohne sich noch mehr zu verdächtigen, hinter sein völliges Nichtwissen verstecken kann; aber etwas Ungünstiges behält unsere Stellung doch immer noch; denn dem geübten Läugner bleibt in den meisten Fällen die Möglichkeit, sich durch Aufstellung von Hypothesen aus der Verlegenheit zu ziehen. Er wird uns zwar nicht kurzweg antworten: „davon weiß ich nichts", er wird aber auch der Regel nach nicht mit einer ganz bestimmten Erklärung hervorgehen, sondern uns verschiedene Erklärungen zur Wahl vorlegen, oder sonst sich hinter Ungewißheiten und Vermuthungen zu verstecken suchen. Und gelingt ihm dies nicht, so wird er einfach die Anzeige als das was sie ist, anerkennen, d. h. er wird zugeben, daß er durch sie verdächtigt wird, dabei aber mit freier Stirn seine Unschuld behaupten; denn er weiß, daß ihn hier nur eine todte Thatsache verdächtigt, nicht sein eignes Benehmen.

Liegt dagegen eine verschuldete Anzeige gegen den Angeklagten vor, so hat dieser von vorn herein weni-

ger Hoffnung, der Wahrheit zu widerstehen. Er weiß es, daß er schuldig ist, sich bestimmt zu erklären; denn über seine eignen Handlungen ist Jeder im Stande, eine bestimmte Erklärung zu geben; und wollte er etwa mit Nichtwissen sich entschuldigen, oder ins Gebiet der Vermuthungen sich zurückziehen, so würde ihn dies nur noch mehr verdächtigen. Es bleibt ihm also nichts übrig, als entweder die Wahrheit zu gestehen, oder mit einer ausführlichen und detaillirten Lüge den Zusammenhang zu erklären. Aber wer weiß nicht, wie schwer es der Angeklagte hat, eine solche Lüge zu ersinnen, ohne mit sich selbst oder mit erwiesenen oder erweisbaren Thatsachen in Widerspruch zu gerathen und dadurch neue Verdachtsgründe gegen sich zu häufen! Gelänge es ihm aber auch, alle offenbare Widersprüche zu vermeiden, das wird ihm doch schwerlich gelingen, eine umständliche Erzählung zu ersinnen, die keinerlei Wahrscheinlichkeitsgründe gegen sich hätte; denn das ist fast unmöglich, eine umständliche Lüge sich auszudenken, die einer gründlichen Prüfung der Umstände gegenüber, sofern eine solche überhaupt nur noch denkbar und nicht etwa durch Länge der Zeit, Verwischung der Spuren, Tod der Zeugen u. dergl. unmöglich geworden ist, den Character der Wahrscheinlichkeit behielte.

Hier ist nun der Punkt, wo sich der logische Vorzug der verschuldeten Anzeigen am klarsten herausstellt. Anzeige der Thäterschaft kann man im Allgemeinen jeden Umstand oder, richtiger gesagt, jeden Complex von Umständen nennen, der es wahrscheinlich macht, daß der Angeklagte der Thäter sey. Wie vollzieht sich nun dieser Wahrscheinlichkeitsbeweis? entweder auf directem Wege, d. h. wir weisen nach, daß die Umstände mit der Annahme, daß der Angeklagte der Thäter sey, in Harmonie stehen; oder auf indirectem Wege, d. h. durch den Nachweis, daß

die Annahme, der Angeklagte habe nicht die That begangen oder ein Andrer habe sie begangen, mit den Umständen in Disharmonie stehe. Der erstere Weg ist zwar der kürzere, aber nicht oft wird es gelingen, eine so sichere und ins Einzelne gehende Harmonie nachzuweisen, daß auf diesem Wege allein eine dringende Anzeige oder gar ein vollständiger Anzeigenbeweis zu Stande käme; wir werden in den meisten Fällen die indirecte Beweisführung anwenden oder doch mit zu Hülfe nehmen müssen. Aber hier liegt nun die hauptsächlichste Schwierigkeit in der Menge der sich darbietenden Hypothesen. Wir sollen nachweisen, daß die Annahme, der Angeklagte habe die That nicht begangen oder ein Andrer habe sie begangen, unwahrscheinlich sey, d. h. mit andern Worten, wir sollen die Unwahrscheinlichkeit jeder denkbaren Hypothese nachweisen, die nicht darauf hinausläuft, daß der Angeklagte der Thäter sey. Aber wie unmöglich wäre diese Arbeit, sollten wir wirklich alle denkbare Hypothesen einzeln prüfen und ihre Unwahrscheinlichkeit nachweisen! Gelingt es uns nicht, von vorn herein die Untersuchung auf eine oder wenige Hypothesen zu beschränken, so wird an eine Beweisführung nie zu denken seyn.

Dies gelingt uns aber in der Regel bei verschuldeten Anzeigen, weit seltner bei anderen; denn wo wir mit Bestimmtheit annehmen können, daß der Angeklagte um den Zusammenhang weiß, wo er es selbst ist, der die Anzeigen herbeigeführt hat, da brauchen wir uns nicht erst in Hypothesen zu erschöpfen und deren Unwahrscheinlichkeit nachzuweisen, sondern seine Erklärung ist die Hypothese, mit der wir uns allein zu beschäftigen und deren Unwahrscheinlichkeit wir zu erweisen haben. Gelingt uns dies, so ist damit in der Regel auch die Unwahrscheinlichkeit jeder andern Hypothese nachgewiesen, ausgenommen derjenigen, daß der Angeklagte der Thäter sey;

denn hätte er eine wahrscheinlichere Erklärung gewußt, als die gegebene, er würde sie uns ja nicht vorenthalten haben, da es ihm ja doch daran liegen mußte, sich auf die wahrscheinlichste Weise zu rechtfertigen. Es handelt sich mithin in der Regel nur um die einfache Frage: ist die Erklärung des Angeklagten unwahrscheinlicher, oder ist es die Annahme, daß er der Thäter sey? Je mehr die Unwahrscheinlichkeit der einen dieser Alternativen steigt, um so größer wird die Wahrscheinlichkeit der andern. Daher ist hier die Untersuchung und die Beweisführung so viel leichter als in andern Fällen, wo sich der möglichen Annahmen mehrere darbieten. Der untersuchende wie der erkennende Richter befinden sich auf einem Boden, den sie zu übersehen im Stande sind.

Ein tieferes Eingehen auf die Frage nach *dem logischen* Werth der verschuldeten Anzeigen müssen wir uns hier versagen, da wir keine logische Theorie des Indicienbeweises schreiben. Das Vorstehende wird indessen, wie wir hoffen, genügen, um auf die hohe Wichtigkeit der verschuldeten Anzeigen aufmerksam zu machen. Wundern darf man sich nur, und es zeugt von dem gänzlichen Mangel gründlicher Untersuchungen über die Theorie des Indicienbeweises, daß man bisher die Bedeutung der verschuldeten Anzeigen nirgends erkannt, ja nicht einmal geahnet hat. Wenn in Lehrbüchern zwischen psychologischen und physischen Anzeigen unterschieden wird, so hat diese Unterscheidung mit der unsrigen in verschuldete und nicht verschuldete Anzeigen kaum eine Verwandtschaft [*]).

---

[*]) Der Engländer Wills spricht in seinem essay on circumstantial evidence, London 1818. pag. 54, von moralischen Indicien und giebt eine Begriffsbestimmung derselben, die folgenreich hätte werden können, aber bei des Verfassers gänzlichem Mangel an wissenschaftlichem Geiste ohne alle Folgen bleibt, ja schon auf derselben Seite ihm unter den Händen wieder entschwindet. Wills Buch ist überhaupt nur

Nur hier und da finden sich in der Litteratur vereinzelte Aeußerungen, die darauf hinweisen, daß man wenigstens den logischen Werth der verschuldeten Anzeigen geahnet hat.

So sagt z. B. Bauer [9]): „Der Schluß von „Handlungen ist meist sicherer, als der von Eigen„schaften der Person, und unter ersteren begründen die „eigenen Handlungen einen sicherern Schluß, als die „Handlungen Anderer."

So sagt ferner Stübel [10]): „Die Analogie der „Handlungen begründet stärkere Anzeigen, als die der „Subjecte."

Mögen diese Stellen in Ermangelung anderer hier zum Beweise dienen, daß wir mit unsern oben ausgesprochenen Ansichten nicht durchweg allein stehen.

---

als Beispielsammlung anzusehen, und hat auch als solche nur einen sehr bedingten Werth, da die mitgetheilten Fälle fast durchweg nur fragmentarisch oder skizzenartig erzählt sind, was bei Indicienfällen am allerwenigsten genügen kann.

9) Theorie des Anzeigenbeweises, Göttingen 1843. S. 165.

10) Das Criminalverfahren in den deutschen Gerichten Bd. 2. 1841. S. 198.

XXI.

Zur Lehre von der Fragenstellung im schwurgerichtlichen Verfahren.

Von

Herrn C. v. Stemann

in Ballenstädt.

Es ist bekannt, mit wie großen Schwierigkeiten im schwurgerichtlichen Verfahren eine richtige und genügende Fragenstellung an die Geschworenen verbunden ist, und wie oft in diesem Puncte vom Assisenpräsidenten gefehlt wird. Wie schon die französische Gesetzgebung über die dabei in Betracht kommende Sonderung der Functionen des Richters und der Jury keine ausreichende Bestimmungen enthält, so sind auch die Vorschriften der deutschen Gesetze, welche in Untersuchungssachen das öffentlich mündliche Verfahren vor Geschworenen eingeführt haben, meistens sehr dürftig, und ist deren Anwendung bei dem gegenwärtigen Stande des materiellen Strafrechts in Deutschland noch schwieriger als in Frankreich. Einige Gesetzgebungen, wie z. B. die Badische, begnügen sich mit der allgemeinen Anordnung, daß die an die Geschworenen zu richtenden Fragen sich über die strafbare That mit ihren Erschwerungs- und Milderungsgründen, über den Antheil

des Angeklagten an derselben und über die vorgebrachten Entschuldigungsbeweise zu erstrecken haben; andere, wie die Kurhessische, gestatten die Stellung eventueller und zusätzlicher Fragen ohne sich jedoch über das Verhältniß derselben zu einander und zur Hauptfrage näher auszulassen; die Großherzogl. Hessische und Nassauische Gesetzgebung enthalten zwar detaillirtere Bestimmungen, geben aber über manche zweifelhafte Puncte ebenfalls keine genügende Auskunft.

Gesetzt, es besteht bei der Anklage wegen eines vollendeten Verbrechens eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem Präsidenten oder eventuell dem Assisenhof und dem Vertheidiger darüber, ob der Angeklagte, wie jene annehmen, ein vollendetes Verbrechen, oder wie dieser behauptet, einen Versuch begangen, braucht hier die eventuelle Frage wegen Versuchs nicht gestellt zu werden, oder was noch häufiger sich ereignen kann, es divergiren die Ansichten der Staatsbehörde, des Vertheidigers und Assisenhofs darüber, ob die Verhandlungen wirklich strafausschließende, mildernde oder erschwerende Umstände ergeben haben. Einzelne Beispiele werden noch deutlicher zeigen, wie verschieden je nach Beantwortung dieser Fragen der Wirkungskreis des Gerichtshofs und der Geschworenen sich gestaltet, von deren Competenzbestimmung im einzelnen Falle sehr häufig die Entscheidung der ganzen Sache, das Schuldig oder Nichtschuldig der Geschworenen abhängt. Der Staatsanwalt behauptet, daß das in Anklage gestellte Verbrechen des Raubes auf einem öffentlichen Wege begangen, und deshalb eine schwerere Strafe begründet sey, während das Gericht diese Annahme nicht theilt. Muß hier auf Verlangen der erschwerende Umstand in eine besondere Frage gefaßt werden? Oder der Angeklagte war bei Verübung der That betrunken, der Vertheidiger führt aus, daß die Trunkenheit einen so

Die hier dargelegte Ansicht vertritt auch das neueste deutsche Gesetz, das diesen Gegenstand betrifft, die K. Preußische Verfügung vom 3. Mai 1852, welche die Verordnung vom 3. Jan. 1849 in vielen sehr wichtigen Beziehungen modificirt. Die darin mit großer Umsicht und richtigem Tacte behandelte Lehre von der Fragstellung verdient auch in weiteren Kreisen, als wohin ihre gesetzliche Geltung reicht, beachtet und von anderen Gesetzgebungen zum Vorbilde genommen zu werden. Wir wollen daher auf Grundlage dieses Gesetzes die Grenzlinie näher betrachten, welche einerseits der Wirksamkeit des Gerichtshofs, andrerseits der der Geschworenen gezogen ist.

Wir werden dabei die Hauptfrage von den Nebenfragen zu sondern und letzteren die Eintheilung in eventuelle und Zusatzfragen zu Grunde zu legen haben.

Die Hauptfrage ist allemal nur Eine *untheilbare* Frage, ihre Zerlegung in mehrere Specialfragen ist untersagt. In Frankreich, wo man bei Einführung der Jury sich für die Auflösung der complexen Frage in ihre einzelnen Bestandtheile entschieden hatte, hat man sich allmählig von den Uebelständen dieser Zersplitterung des zu beurtheilenden Gegenstandes überzeugt und ist zur allgemeineren Frage zurückgekehrt; in Deutschland ist noch hin und wieder diese Zersetzungsmethode üblich, unter andern in Kurhessen; die Preußische Gesetzgebung hat ihre Anwendbarkeit durch die ausdrückliche Bestimmung (Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 80) beseitigt, daß die Hauptfrage nicht in mehrere Fragen getheilt werden soll. Auch ist die Vorschrift des französischen Rechts, wonach die Fragen alle thatsächlichen Merkmale des Verbrechens enthalten sollen, wegen dessen die Anklage ausgesprochen ist, schon um deßwillen nicht für ausreichend befunden worden, weil nicht bloß die in dem Anklagebeschlusse bezeichnete, sondern, wie wir später noch sehen werden, oft eine ganz

anders qualificirte Handlung Gegenstand der Fragstellung seyn kann. Die Preußische Gesetzgebung verlangt vielmehr, daß die Hauptfrage den Thatbestand der dem Angeklagten zur Last gelegten strafbaren Handlung in ihrer einfachen Gestalt umfasse, gleichviel ob dieser Thatbestand aus der Anklage oder aus den Verhandlungen hervorgegangen. Sollte sie sich nur über einzelne Theile desselben verbreiten, so ist die Fragstellung nichtig, weil es ungewiß ist, welche Erklärung die Geschworenen abgegeben haben würden, wenn sie über das Ganze befragt wären.

Die Nebenfragen haben die begleitenden Umstände der That in ihrer einfachen Gestalt zum Gegenstande, mögen dieselben in einer inneren Beziehung zu jener stehen, oder bloß äußerlich damit verbunden seyn. Geeignetenfalls können diese Umstände, welche bald die Strafe ausschließen, bald dieselbe mildern oder erschweren, in die Hauptfrage mit aufgenommen werden, wo es dann den Geschworenen freisteht die vorgelegte Frage theilweise zu bejahen und theilweise zu verneinen. Regelmäßig werden aber deshalb besondere Fragen gestellt, und dies muß allemal bei Strafe der Nichtigkeit geschehen, wenn darauf von Seiten der Staatsbehörde oder des Angeklagten und seines Vertheidigers angetragen wird: weil, wenn dasjenige fehlt, was als Wesentliches der Frage erkannt worden, es dem richterlichen Erkenntnisse an einer genügenden Grundlage mangeln würde. Dabei macht es indessen keinen Unterschied, in welchem Stadium des Verfahrens die Thatumstände sich ergeben haben, ob sie in der Hauptverhandlung erst hervorgetreten, oder bereits Gegenstand der Voruntersuchung gewesen und durch den Anklagebeschluß aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen beseitigt sind.

Um namentlich den Inhalt der Zusatzfragen richtig zu würdigen, welche von den eventuellen Fragen sich dadurch unterscheiden, daß sie nicht erst wie diese durch die

Verneinung der Hauptfrage ihre Bedeutung erlangen, sondern neben dieser Platz greifen, muß auf das materielle Strafrecht zurückgegangen werden, von dessen mehr oder minder zweckmäßigen Bestimmungen die gedeihliche Wirksamkeit der strafprocessualischen Vorschriften über die Fragstellung wesentlich abhängt.

1. Zu den strafausschließenden Umständen, welche eine besondere Frage rechtfertigen, gehören nur solche, die der That den ihr sonst beiwohnenden verbrecherischen Character entziehen, woran schon um deßwillen zu erinnern ist, weil man sonst versucht seyn könnte, auch die Frage, ob die verwirkte Strafe durch den Ablauf der Verjährungszeit erlassen sey, von den Geschworenen entscheiden zu lassen. Da indessen der Ausspruch der Geschworenen nicht bloß das rein Thatsächliche, die äußere Seite des Verbrechens festzustellen hat, sondern gleichzeitig die innere Seite desselben, die verbrecherische Willensrichtung, so werden auch die Momente des Vorsatzes, der bestimmten Absicht und der Fahrlässigkeit als zum Beweise der inneren That der subjectiven Verschuldung gehörig ebenfalls mit zur Frage zu stellen seyn, je nachdem das Gesetz von dem Vorhandenseyn des einen oder andern dieser Momente den Begriff der strafbaren Handlung ausdrücklich abhängig macht. Als Bestandtheile der allgemeinen Schuldfrage werden aber die erwähnten Momente meistentheils nur darin besonders hervorzuheben seyn, und einer Specialfrage wird es nicht anders bedürfen, als wo nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles ein Zweifel über das Vorhandenseyn der vom Strafgesetzbuch supponirten Willensrichtung sich ergeben hat. Das Moment der Zurechnungsfähigkeit ist nicht einmal besonders hervorzuheben, indem die Bejahung jeder Frage, wenn das Gegentheil nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, zugleich feststellt, daß der Angeklagte die darin erwähnte That mit Zurechnungsfähigkeit began-

gen habe. Nur der Mangel der Zurechnungsfähigkeit ist denjenigen Gründen beizuzählen, welche die Strafe ausschließen; daher ist hierauf eine besondere Frage zu richten, sobald dies beantragt oder vom Gerichte für nöthig erachtet wird. Das Preußische Gesetzbuch nennt zwar, wo es von den Aufhebungsgründen der Zurechnung redet, nur solche Fälle, in welchen es einer näheren Beurtheilung gar nicht bedarf, wo vielmehr die Nichtexistenz eines Verbrechens so klar vorliegt, daß die Verfolgung entweder gar nicht einzuleiten oder vor der mündlichen Verhandlung einzustellen ist. Es hat aber dadurch, einer unzweifelhaften Praxis zufolge, die Berücksichtigung anderer Gründe, welche die Zurechnungsfähigkeit unter Umständen aufheben, keineswegs ausgeschlossen seyn sollen, und in solchen Fällen einer weniger augenscheinlichen und unzweifelhaften Unfreiheit wird dann die Entwerfung einer desfälligen Specialfrage Platz greifen. Dieselbe darf nach Art. 83 des Gesetzes vom 3. Mai 1852 auch niemals unterbleiben, wo der Angeklagte zur Zeit der That noch nicht das 16te Lebensjahr vollendet hat, vielmehr muß hier in Uebereinstimmung mit §. 42 des Preußischen Strafgesetzbuchs die Frage gestellt werden: „Hat der Angeklagte mit Unterscheidungsvermögen gehandelt?" Ebenfalls wird die Frage wegen Nothwehr, welche die französische Jurisprudenz in der allgemeinen Schuldfrage mitbegriffen erachtet, richtiger für sich gestellt, weil der Nothstand ungeachtet des engen Zusammenhangs mit der Schuldfrage doch ein selbstständiger thatsächlicher Zustand ist, der die in Anklage gestellte äußere That bestehen läßt, und nur die Strafbarkeit derselben aufhebt. Auch ist der Nothstand als solcher und sind nicht etwa die Thatsachen, die er zu seiner Voraussetzung hat, der Beurtheilung der Geschworenen zu unterbreiten, da es ihre Sache ist, einer jeden Thatsache die ihr beikommende rechtliche Qualification zu

ertheilen. Was unter den Umständen, welche die Strafe erschweren oder mildern, zu verstehen, bedarf noch einer näheren Bestimmung nach Maaßgabe des Preußischen Strafgesetzbuchs. Man hat hiernach zu unterscheiden:

1) solche Umstände, welche schon in den besonderen Bestimmungen über die einzelnen Verbrechen als schwerere oder mildere Formen einer strafbaren Handlung ausdrücklich enthalten sind. So ertheilt das Gesetz dem einfachen Diebstahl, der einfachen Hehlerei und Erpressung ihre besonderen Qualificationen und genügt den Anforderungen einer größeren Strenge durch entsprechende Straferhöhungen; ja es giebt kaum ein einziges Verbrechen, bei dem das Gesetz nicht mehrere Erscheinungsformen berücksichtigt hätte, bezüglich derer nicht dieser oder jener erschwerende oder mildernde Umstand zur Frage gestellt werden könnte;

2) allgemeine Milderungs- und Erschwerungsgründe, die im Gesetze besonders hervorgehoben sind, als der Regel nach bei allen Verbrechen zu beachten. Von diesen kennt das Preußische Strafgesetzbuch nur den allgemeinen Milderungsgrund des jugendlichen Alters unter 16 Jahren, wenn im einzelnen Falle von den Geschworenen das Unterscheidungsvermögen des Angeklagten angenommen wird. Allgemeine Erschwerungsgründe sind dem Strafgesetzbuch fremd geblieben, wenn man nicht etwa den Rückfall dahin rechnen will, der besser in seiner selbstständigen Bedeutung aufzufassen und zu behandeln ist;

3) specielle Milderungs- und Erschwerungsgründe oder solche in den Strafgesetzen und zwar bei den einzelnen Verbrechen besonders hervorgehobene Thatumstände, welche mit der strafbaren Handlung mehr äußerlich als ihrer inneren Natur nach verbunden sind. Specielle Erschwerungsgründe finden wir im Preußischen Strafgesetzbuche nicht, wohl aber hin und wieder specielle Milderungsgründe,

wie der entschuldbare Zorn beim Todtschlag und der Körperverletzung;

4) mildernde Umstände, wohin alle in den Kreis der richterlichen Cognition fallenden thatsächlichen Momente gehören, welche ohne unter eine der bisherigen Kategorien zu fallen doch geeignet erscheinen, unter das geringste gesetzliche Strafmaaß herabzugehen. Die Französische Gesetzgebung aus den Jahren 1832 hat ihnen zuerst Geltung verschafft, um die harten Strafbestimmungen des Code pénal zu umgehen, indem derselbe verordnet, daß in allen Fällen, wo es sich um Verbrechen handle, selbst beim Rückfall, es den Geschworenen freistehen solle das Vorhandenseyn von mildernden Umständen auszusprechen: eine Befugniß, mit der der Assisenpräsident in jedem einzelnen Falle die Geschworenen bekannt zu machen hat, jedoch ohne eine desfällige Frage ihnen vorzulegen.

In Deutschland ist Preußen der einzige Staat, der in seinem Strafgesetzbuch, worin die Tendenz unverkennbar, die verschiedenen Elemente des Französischen und Deutschen Rechts mit einander zu verschmelzen, sich dem System der circonstances atténuantes, wenn auch mit erheblichen Modificationen, angeschlossen hat.

Ich bin meinerseits kein Freund von diesem Gebrauche der mildernden Umstände, worüber ich mich in meiner Schrift über die Jury S. 323 u. fg. näher ausgesprochen habe; doch will ich das Gewicht der Gründe nicht verkennen, welche der Preußischen Gesetzgebung diese Einrichtung empfohlen haben, und muß zugeben, daß die allgemeinen Milderungsgründe, wie sie manche deutsche Gesetzbücher der Wissenschaft des gemeinen deutschen Strafrechts entlehnt haben, und an deren Stelle die mildernden Umstände getreten, diese nicht vollständig ersetzen. Die mildernden Umstände ergeben sich aus dem Inbegriff aller vorliegenden Umstände des individuellen Falls und

machen, sondern auch da, wo die That und ihre begleitenden Umstände, von einem neuen rechtlichen Gesichtspunct aus betrachtet, als eine Gesetzesverletzung selbst schwererer Gattung sich herausstellt, eine eventuelle Frage, welche dies neue Verbrechen zum Gegenstand hat, gestellt werden können. Lautet mithin die Anklage auf Mord, so ist nicht nur die eventuelle Frage wegen Todtschlags statthaft, sondern es kann auch im umgekehrten Falle im nämlichen Verfahren der Todtschlag in Mord vermittelst einer darauf bezüglichen Frage umgewandelt werden.

Für diese letztere Ansicht, zu der sich die Preußische Strafgesetzgebung (Art. 86 u. 30 des Gesetzes vom 3. Mai 1852) bekannt hat, dürften denn auch überwiegende Gründe sprechen. Zunächst würde es die größten practischen Schwierigkeiten zur Folge haben, wenn der von der erhobenen Anklage Freigesprochene sich so oft einer neuen Untersuchung unterziehen müßte, als sich für die That ein anderer Gesichtspunct der Strafbarkeit aufstellen ließe. Man setze nur den Fall, daß Jemand wegen Hochverraths angeklagt und freigesprochen ist, sollte er demnächst noch so oft in Untersuchung gezogen werden können, als es bei der großen Mannigfaltigkeit der Formen unserer politischen Verbrechen und Vergehen Gesichtspuncte giebt, aus denen seine Handlung strafbar erscheinen könnte? Eine solche Procedur würde den Betreffenden Jahrzehende unter Anklage halten können und ihn gegen die drückendsten Belästigungen in den Gesetzen keine Garantie finden lassen. Auch fehlt es hierfür an inneren Gründen, wenn, wie hier allemal vorausgesetzt wird, das Sachverhältniß schon durch das erste Verfahren, wiewohl nach einer andern Richtung hin, als die Anklage annahm, vollständig aufgeklärt ist; der Angeklagte wird dann in dem Recht der Vertheidigung in Beziehung auf die den gestellten Fragen zum Grunde liegenden Thatsachen nicht verkürzt, und daß die thatsäch-

In gleicher Weise soll nach der Preußischen Strafgesetzgebung bei todeswürdigen Verbrechen, in Fällen einer außergewöhnlichen Verschuldung, das Vorhandenseyn erschwerender Umstände durch den Wahrspruch der Geschworenen festgestellt werden. Der Erfolg einer solchen Feststellung ist die nothwendige Verbindung des Verlusts der bürgerlichen Ehre mit der Todesstrafe, während die mildernden Umstände, wenn sie einmal festgestellt sind, den Richter regelmäßig zu der im Gesetze angegebenen Strafmilderung verpflichten. Neben den Zusatzfragen kommen noch eventuelle Fragen in Betracht für den Fall, daß die Hauptfrage verneinend entschieden wird. Sie sollen namentlich feststellen, ob der Angeklagte in Beziehung auf das Verbrechen, wegen dessen die Anklage gegen ihn erhoben ist, nicht wenigstens des Versuchs der Theilnahme oder Begünstigung schuldig ist, oder ob er die Handlung, welche ihm die Anklageschrift als eine vorsätzlich verübte zur Last legt, nicht wenigstens aus Fahrlässigkeit begangen zu haben schuldig ist.

In dieser Hinsicht herrscht meines Wissens auch kein Streit; zweifelhafter ist es dagegen, ob eventuelle Fragen auch da zu stellen sind, wo die der Anklage zum Grunde liegenden Thatsachen, oder etwa hervorgetretene nähere Umstände, von welchen dieselben begleitet waren, eine andere strafbare Handlung als die in der Anklage bezeichnete involviren, so daß sich statt Diebstahls Unterschlagung ergiebt, statt Raubes Erpressung u. s. w. Es bestehen hierüber drei verschiedene Ansichten: der ersten zufolge soll in solchem Falle allemal eine neue Untersuchung eingeleitet werden; die zweite Ansicht gestattet die eventuelle Fragestellung, wenn das von dem in der Anklage bezeichneten verschiedene Verbrechen minder strafbar als jenes erscheint; nach der dritten Ansicht endlich soll die größere oder geringere Strafbarkeit keinen Unterschied

folgen, das mündliche Verfahren vor den Geschworenen giebt darüber keinen Aufschluß.

Diese Anweisungen dürften genügen, um den Assisenpräsidenten in den Stand zu setzen, dem wichtigsten Theil seiner Aufgabe nach den Verhältnissen des individuellen Falls gehörig nachzukommen. Zweckmäßig möchte es seyn, wenn der Ankläger und Vertheidiger es nicht unterließen sich am Schlusse ihrer Hauptvorträge über die aufzustellenden Fragen zu äußern. Etwanige Erinnerungen gegen die Fragestellung müssen ohnedies beiden Theilen gestattet seyn, und die Entscheidung der darüber obwaltenden Streitigkeiten ist dem Gerichtshofe vorzubehalten, da die Fragen, indem sie die relevanten Thatsachen bezeichnen, die rechtliche Natur der in Betracht kommenden Handlung bestimmen und die Grenze feststellen, innerhalb deren sich die Thätigkeit der Geschworenen zu bewegen hat, eine umfassende rechtliche Beurtheilung des ganzen Falls voraussetzen und mit der Ansicht über die demnächstige Anwendung des Strafgesetzes in so genauer Verbindung stehen, daß für die Entscheidung nur dann die richtige Grundlage gewonnen werden kann, wenn die Fragestellung in dem Sinne erfolgt, wie das erkennende Gericht, und nicht wie der Vorsitzende, der bei der Fällung des Endurtheils in der Minorität bleiben kann, für angemessen hält.

XXII.

Merkwürdige Rechtsfragen

erläutert

durch neue Rechtssprüche

der obersten Gerichtshöfe des Auslandes,

dargestellt

von

Mittermaier.

---

1) Begeht derjenige, welcher einen verschlossenen Koffer zur Aufbewahrung erhalten hat, den Koffer gewaltsam eröffnet, und die darin befindlichen Gegenstände sich in gewinnsüchtiger Absicht angeeignet hat, einen Diebstahl oder eine Unterschlagung? erläutert durch einen Rechtsspruch des französischen Appellhofs von Poitiers vom 19. März 1852.

2) In wiefern kann ein Diebstahl an Gas verübt werden? erläutert durch einen Rechtsspruch des niederländischen Bezirksgerichts von Amsterdam vom 3. October 1850.

3) Welchen Einfluß hat die Einwilligung des Verletzten auf die an ihm von einem Andern verübten Tödtung? erläutert durch einen Rechtsspruch des niederländischen Cassationshofs vom 13. April 1852.

I.

In einem Falle hatte eine Person, welche einen verschlossenen Koffer zur Aufbewahrung erhalten hatte, denselben gewaltsam ohne den rechten Schlüssel, den der Eigenthümer des Koffers zurückbehalten hatte, erbrochen und mehrerer darin befindlichen Gegenstände in der Absicht sich dieselben anzueignen sich bemächtigt und dem rechtmäßigen Eigenthümer vorenthalten. Die Person wurde wegen Diebstahls angeklagt. Die Anklage wurde von der Anklagekammer des Appellhofs von Poitiers nach Rechtsspruch vom 19. März 1852 zugelassen. Die Entscheidungsgründe lauten: In Erwägung, daß die in dem verschlossenen zur Aufbewahrung übergebenen Koffer enthaltenen Gegenstände nicht auch folgeweise den Eheleuten Grenon anvertraut waren, daß der Besitz derselben, welcher durch die genaue Verschließung des Koffers geschützt war, nicht aufhörte in der Person der Eigenthümer zurückzubleiben, daß daher diese Gegenstände nicht zum Nachtheile des Besitzers entzogen werden konnten, ohne dadurch einen Diebstahl zu verüben, daß daher die Ehefrau Grenon, indem sie gewaltthätig einen der Koffer eröffnete, Weißzeug daraus nahm und anerkannterweise verkauft hat, eine diebische Wegnahme verübte und die Schwere dieser Handlung nicht dadurch vermindert werden kann, daß man sie als Mißbrauch des Vertrauens betrachtet, daß eine solche Annahme unverträglich mit den Handlungen der Vorsicht ist, durch welche die Eigenthümerin des Koffers durch Zurückbehaltung des Schlüssels die im Koffer befindlichen Gegenstände sich erhielt; in Erwägung, daß die Angeschuldigte durch die gewaltthätige Aufsprengung des Schlößchens, durch welches der Koffer geschlossen war, mit dem Zwecke, sich der ihr nicht anvertrauten Gegenstände zu bemächtigen, einen Einbruch begangen hat, daß dieser erschwerende Umstand sich aus den Be-

stimmungen des art. 396 des Code pénal sich ergiebt, wenn die einfache Wegnahme eines verschlossenen beweglichen Gegenstandes einen wahren Einbruch begründet, wenn das Aufbrechen auch nicht auf der Stelle geschieht, wo der Gegenstand sich befand, dies ebenso eintreten muß, wenn das Aufbrechen des verschlossenen Gegenstandes mit der Absicht alle darin befindlichen Sachen oder einen Theil derselben sich anzueignen, in dem Hause geschieht, in welchem der Gegenstand aufbewahrt war. Dieser Rechtsspruch hat mit Recht in Frankreich Aufsehen erweckt. Morin [1]) billigt die in jenem Rechtsspruche ausgesprochene Ansicht und nimmt an, daß, wenn auch der Koffer als zur Aufbewahrung gegeben erscheint, dies nicht auch in Ansehung der im Koffer befindlichen Sachen gesagt werden könne, da der Eigenthümer durch Zurückbehaltung des Schlüssels zum Koffer den Besitz der Sachen zurückbehalten hat. Dagegen trat der geistreiche Grellet-Dumazeau gegen die von dem Gerichte in Poitiers aufgestellte Ansicht auf [2]), indem er nachwies, daß der Fall nicht als Diebstahl beurtheilt werden dürfe [3]). Auf ähnliche Weise hatte Hélie [4]) mit Berufung auf einen Rechtsspruch des Cassationshofs vom 16. Februar 1838 seine Ansicht ausgesprochen, daß eine Handlung des Depositars, der einen ihm anvertrauten Koffer gewaltsam

---

1) Im Journal du droit criminel 1852 Mai, p. 188.

2) In der Revue de législation par Wolowski 1852 Mai — Juin, p. 118.

3) Schon 1832 hatte der Justizminister bei den Verhandlungen über das Gesetz vom 28. Août auf die Frage eines Mitgliedes der Kammer, wie ein Fall der gewaltthätigen Eröffnung eines geschlossenen Koffers durch den Depositar mit dem Zwecke der Aneignung der Sache zu beurtheilen sey, sich dafür ausgesprochen, daß abus de confiance und bris de clôture vorliegen würde.

4) Théorie du Code pénal VII. p. 379.

aufsprengt, und daraus Sachen sich aneignet, Mißbrauch des Vertrauens begründe.

Wir sind überzeugt, daß der oben angeführte Rechtsspruch des Hofes von Poitiers irrig ist, und der in Frage stehende Fall nur als Unterschlagung beurtheilt werden kann. Es liegt hier wieder ein Fall vor, in welchem die strafrechtliche Beurtheilung auf das innigste mit der richtigen civilrechtlichen Auffassung des zum Grunde liegenden Verhältnisses zusammenhängt. Alles kommt im vorliegenden Falle darauf an: ob rechtlich angenommen werden kann, daß derjenige, welchem der verschlossene Koffer in Verwahrung gegeben wurde, auch in der Innehabung der Gegenstände sich befand, die in dem Koffer enthalten waren, und ob daher diese Gegenstände als anvertraute Sachen betrachtet werden müssen. Muß man annehmen, daß der Depositar des verschlossenen Koffers Sachen wegnahm, welche zur Zeit der Ergreifung in einem fremden Besitze waren, so daß seine Handlung die Thatsache der Besitzergreifung enthielt, welche zur contrectatio oder der im französischen Code ausgedrückten soustraction frauduleuse gehört, so ist Diebstahl vorhanden. Ist dagegen das Verhältniß so aufzufassen, daß der Depositar des verschlossenen Koffers auch als Depositar der darin befindlichen Sachen rechtlich gilt, so hat er nicht aus fremdem Besitze die Sache weggenommen, sondern die Handlung der Aneignung an einer schon in seinem Besitze befindlichen Sache begangen, und dadurch einer ihm anvertrauten Sache im Sinne des französischen Gesetzbuchs abus de confiance oder nach den deutschen Rechtsansichten Unterschlagung begangen. Die Frage ist hier: wie weit der Umfang des Depositums bei einer verschlossen dem Depositar übergebenen Sache anzunehmen ist. Wir finden, daß schon unter den römischen Juristen eine Verschiedenheit der Ansichten darüber bestand; allein die Ansicht von

Labeo scheint die gebilligte gewesen zu seyn; wenn nun Labeo sagt [5]): Eum, qui cistam deponit, singulas quoque res videri deponere; ergo et de rebus agere eum oportet; und wenn er am Schlusse hinzufügt: ego et rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit, so liegt darin auch die Entscheidung der vorliegenden Frage: Wer einen verschlossenen Koffer einem Andern in Verwahrung giebt, deponirt nicht blos den Koffer, sondern auch die darin befindlichen Sachen. So gut im römischen Sinne der, welcher den Koffer in Verwahrung gab, gegen den Depositar auch die actio depositi wegen der Gegenstände, die im Koffer waren, anstellen kann, weil darauf das Depositum sich bezog, eben so gut begeht der Depositar des Koffers, den er erbricht, an den Gegenständen, die er herausnimmt, einen Mißbrauch des Vertrauens oder eine Unterschlagung, weil er an Sachen sich vergreift, die er bereits in seiner Innehabung als ihm anvertraute Sachen hatte. Daß auch das französische Civilgesetzbuch auf die nämliche Weise das Verhältniß auffaßt, ergiebt sich aus art. 1931 des Code civil [6]). Der Wille des Gesetzgebers ergiebt sich klar daraus, daß auch die im verschlossenen Koffer übergebenen Sachen als deponirt angesehen werden sollen; daher das Gesetz von den choses qui lui ont été deposées im Zusammenhang mit dem verschlossenen Koffer spricht. Diese Ansicht folgt schon aus der Natur der Sache. Wir fragen den gesunden Menschenverstand, worauf in dem Falle, wo ein verschlossener Gegenstand deponirt wird, der Wille des Deponenten geht. Soll man annehmen,

5) In L. 1. §. 41. D. depositi.

6) Es heißt: Il (le dépositaire) ne doit point chercher à connaître quelles sont les choses, qu lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée.

wo der große schwere Schrank nicht schnell transportirt werden konnte, den Schrank zu öffnen und die Sachen retten zu können. Der Depositar benutzte in jenem Falle den Schlüssel, eröffnete den Schrank, nahm Sachen heraus; die Gerichte erkannten ihn der Unterschlagung schuldig. Das Nämliche muß in unserm oben vorgetragenen Falle angenommen werden. Die Richtigkeit der von uns hier vertheidigten Ansicht ergiebt sich auch, wenn man neue deutsche Gesetzbücher betrachtet. Schon das bairische Gesetzbuch Art. 230 bestimmt, daß an den versiegelt oder in verschlossenen Behältnissen übergebenen Sachen durch die Erbrechung des Siegels oder Oeffnung des Behältnisses die Unterschlagung vollendet wird. Es ergiebt sich daher klar, daß der Gesetzgeber, wenn ein verschlossener Koffer, oder ein versiegeltes Paket in Verwahrung gegeben wird, auch die darin befindlichen Gegenstände als anvertraut ansieht, und die (als Mittel zur Verübung des Verbrechens vorgenommene) Erbrechung des Verschlusses und die Aneignung als Unterschlagung betrachtet.

II.

Im Jahre 1849 war zwischen dem Inhaber einer Anlage in Amsterdam und der holländischen Gasfabrik über die Lieferung des Gases ein Vertrag abgeschlossen, nach welchem für 10 Jahre vom 28. Juni angefangen die Fabrik sich verpflichtete das nöthige Gas zu liefern, mit der Bestimmung, daß das Gas nach dem Gasmesser berechnet und für das verbrauchte Gas nach der Anzahl der Kubikfuße bezahlt und soviel als der Gasmesser angiebt als verbraucht angesehen werden sollte. Es wurde nun der Uebereinkunft gemäß von der Fabrik in dem Etablissement, für welches Gas zu liefern war, ein Gasmesser angebracht, in welchem zwei Röhren sich befanden: durch eine

derselben wurde das Gas aus der Röhre in den Gasmesser geleitet, durch die andere sollte das Gas aus dem Gasmesser ausströmen; vermöge einer angebrachten, einem Uhrwerke ähnlichen Maschine wurde die Anzahl Füße angedeutet, welche durch den Gasmesser ausströmten und so verbraucht wurden. Die Lieferung des Gases geschah gehörig; nach einigen Jahren glaubte die Gasfabrikdirection zu bemerken, daß von Seite des Besitzers des Etablissements in Bezug auf den Gasverbrauch Betrügereien obwalteten, und mehr Gas verbraucht wurde, als berechnet werden konnte. Die angestellte Untersuchung zeigte, daß mittelst einer dritten, nicht von der Fabrik angebrachten Röhre die beiden Röhren verbunden wurden, wodurch das Gas, ohne durch den Gasmesser zu laufen, aus der ersten Röhre unmittelbar in das Haus geleitet wurde, so daß der Eigenthümer weniger Gas der Fabrik bezahlte, als verbraucht wurde. Die bei der Staatsbehörde deswegen gestellte Anzeige veranlaßte eine strafrechtliche Untersuchung, in welcher die Frage: ob in dem Falle Diebstahl angenommen werden könne, Gegenstand vieler Verhandlungen wurde. Es wurde von Seite der Vertheidigung nachgewiesen, daß, wenn auch durch die fortschreitende Civilisation neue Handlungen vorkommen, durch welche Menschen einander zu übervortheilen suchten, es nicht gestattet seyn könne, solche Handlungen, die durch das bestehende Gesetz nicht mit Strafe bedroht sind, wegen der Immoralität des Handelnden oder wegen der Gefahr für die bürgerliche Gesellschaft mit Strafe zu belegen, und so willkürlich ein Strafgesetz zu schaffen. Die Vertheidigung suchte vorerst zu zeigen, daß es im vorliegenden Falle an dem zur Annahme des Diebstahls wesentlichen Merkmale der contrectatio fehle, daß das Gas nicht als eine Sache betrachtet werden dürfte, an der im Sinne des Gesetzes eine contrectatio verübt werden könnte, indem das Gas

etwas Unkörperliches wäre. Es wurde zweitens zu zeigen versucht, daß auch das zweite wesentlich zum Diebstahl gehörige Merkmal: die Wegnahme invito domino, in dem vorliegenden Falle fehle; denn die Handlung sey an dem Gas verübt, welches die Fabrik vertragsmäßig dem Eigenthümer des Hauses zu liefern hatte; dieser Eigenthümer habe zwar das durch den Gasmesser ausströmende Gas als verbrauchtes der Direction bezahlen müssen; allein dasjenige Gas, was auch ohne durch den Gasmesser zu strömen vermöge der besondern Vorrichtung in das Haus gekommen sey, müsse als ein consensu domini geliefertes Gas rechtlich betrachtet werden. Die nachfolgende Handlung des Angeschuldigten konnte, wie die Vertheidigung behauptet, an dem Willen des Eigenthümers, welcher das Gas der Uebereinkunft gemäß lieferte, keine Veränderung hervorbringen. Dadurch, daß der Angeschuldigte nicht die Bedingung erfüllte, unter welcher er das Gas brauchen durfte, kann nicht die Annahme bewirkt werden, daß das Gas nicht geliefert oder daß es ohne Einwilligung des Eigenthümers geliefert wurde. Als dritter Vertheidigungsgrund wurde geltend gemacht, daß das Gas nicht als res aliena betrachtet werden könne; denn das von dem Angeschuldigten verbrauchte Gas war sein Eigenthum, indem es ihm die Direction der Gasfabrik nach der Uebereinkunft lieferte, wobei die Lieferung als geschehen angesehen werden müßte von der Zeit an, als der große Krahnen in der Fabrik geöffnet wurde; man könne selbst behaupten, daß das Gas, so lange es sich in dem Hauptreservoir befand, als ein sämmtlichen Gasverbrauchern pro indiviso zustehendes Eigenthum erschien und von dem Augenblicke an, als es davon abgeschieden wurde und in die Röhre, die am Hause des Angeschuldigten angebracht war, floß, als wirklich dem Angeschuldigten geliefert galt und so in sein Eigenthum und seinen

Besitz überging, ein Diebstahl an der eigenen Sache sey, aber nicht directer.

Ein vierter Grund, dessen die Vertheidigung sich bedient, bezieht sich darauf, daß die Handlung des Angeschuldigten, wenn man sie als Unrecht betrachte, doch nur einen dolus civilis enthalte, bei welchem nichts weiter vorliege, als daß der Angeschuldigte das Gas auf eine andere Art gebrauchte als es in dem Vertrage bestimmt war, da nach dem Ergebnisse der Verhandlungen die Quantität des Gases nicht größer war, ob das Gas mit oder ohne den Gasmesser verbraucht wurde, und im ersten Falle nur langsamer floß als im zweiten. Der fünfte Grund der Vertheidigung sieht darauf, daß die Handlung des Angeschuldigten nur in der Verletzung des Vertrags und in der Nichterfüllung der eingegangenen Verpflichtungen bestand und nur Schadensklage vorliegen könne, aber keine Elemente der strafwürdigen That begründet seyen.

Das Bezirksgericht erklärte jedoch den Angeklagten des Diebstahls nach art. 372 und 401 Code pénal durch Rechtsspruch vom 3. Oct. 1850 schuldig[7]), und zwar

1) in Erwägung, daß in Beziehung auf den ersten Vertheidigungsgrund, nach welchem eine soustraction nicht denkbar wäre, weil das Gas als res incorporalis erscheine, eine Untersuchung, ob Gas körperliche oder unkörperliche Sache sey, unnöthig werde, indem zur soustraction nur nöthig sey, daß die Sache eine greifbare und ein Gegenstand von Eigenthum und von einem Orte zum andern zu verbringen, also eine bewegliche sey, was offenbar auch bei dem Gase der Fall wäre;

---

7) Abgedruckt in den Regtsgeleerd Byblad — als Anhang der nieuwer bydragen tot Regtsgel. en Wetgevers, Januar 1851. p. 11.

2) in Erwägung, daß in Ansehung des zweiten obigen Grundes nicht behauptet werden könne, daß die Lieferung des Gases consensu domini geschehen wäre, indem die Direction sich nur dazu verpflichtete, einen Theil des in der Fabrik erzeugten Gases aus den Röhren in den angebrachten Gasmesser zu führen, und nur in dieser Weise den Angeschuldigten in den Besitz des Gases zu setzen, nur darauf also der Wille der Lieferung ging, so daß die wirklich geschehene Wegnahme des Gases invito domino geschah;

3) in Erwägung, daß in Beziehung auf den Grund, daß keine fremde Sache vorliege, eigentlich diese Behauptung der zweiten widerstreite und dadurch widerlegt werde, daß das Gas nicht mit dem Willen der Fabrik geliefert wurde, vielmehr das Eigenthum der letzten blieb;

4) in Erwägung, daß sobald der Strafrichter aufgerufen ist, über eine Handlung zu entscheiden, er dieselbe nur unter die Strafgesetze zu stellen und das öffentliche Interesse an der Bestrafung zu berücksichtigen hat, ohne Rücksicht darauf, ob diese Handlung auch nach civilrechtlichen Grundsätzen eine Schadensklage begründet;

5) in Erwägung, daß die vorliegende Handlung eine arglistige Aneignung einer fremden Sache in sich faßt.

Wir wünschen sehr, daß der mitgetheilte Rechtsspruch näher geprüft werden möge. Er bezieht sich auf einen sehr häufig vorkommenden, aber erst durch neue Erfindungen hervorgerufenen, der bisherigen Rechtssprechung unbekannten und keiner unserer Gesetzgebungen vorschwebenden Fall. Nach unseren Besprechungen mit Praktikern verschiedener Länder ergiebt sich eine große Verschiedenheit der Ansichten, indem zwar Manche die oben mitgetheilte Entscheidung billigen, eine weit größere Zahl aber entweder — in der vorliegenden Handlung einen strafbaren Betrug erblickt, oder keine Strafe anwenden

will, und nur eine Civilklage wegen der Vertragsverletzung gestattet. Wenn man auch den ersten oben angegebenen Grund des Bezirksgerichts als richtig annehmen, und anerkennen will, daß auch das Gas als eine körperliche Sache, als ein Gegenstand des Eigenthums und des Besitzes zu betrachten ist, so entsteht schon ein größerer Zweifel darüber, ob die vorliegende Handlung als eine diebische Besitzergreifung der in fremdem Besitze noch befindlichen fremden Sache betrachtet werden kann und nicht vielmehr eine Uebervortheilung enthält, welche in Vertragsverhältnissen ein Contrahent zum Nachtheil des andern in Bezug auf die Größe des Kaufpreises sich erlaubte. Nur auf eine sehr gezwungene Weise kann man in dem Falle die Merkmale einer contrectatio und einer res aliena finden. Die Direction der Fabrik wollte dem Angeschuldigten das Gas liefern und lieferte es wirklich; die Lieferung war geschehen von der Zeit an, als die Fabrik aus der Hauptröhre ihr Gas in die Röhren strömen ließ, durch welche das Gas dem Hause des Angeschuldigten zugeführt werden sollte. Die Handlung des Angeschuldigten bestand in einer Veranstaltung, durch welche die vertragsmäßige Controle des Gasmessers vereitelt, und bewirkt werden sollte, daß er weniger bezahlen dürfte, weil es scheinen sollte, daß weniger Gas verbraucht war, als wirklich geliefert worden. In dieser Auffassung liegt keine strafwürdige Handlung vor, sondern nur eine der vielen Arten von Uebervortheilungen, bei welchen ein Contrahent den andern zu täuschen und möglichst viel zu gewinnen sucht. Es ist ein ähnlicher Fall da vorhanden, wo vertragsmäßig nach der Anzahl der gelieferten Gegenstände der Preis bestimmt wird und bei dem Zuzählen der Stücke der Käufer die Aufmerksamkeit des Verkäufers zu täuschen sucht, oder eine Veranstaltung macht, durch welche er eine größere Zahl von Stücken be-

kommt, bei der endlichen Abrechnung aber es den Anschein hat, als ob weniger geliefert wäre, als wirklich zugezählt wurde. Es wird in solchen Fällen nicht wohl rechtlich möglich seyn, die Merkmale eines Diebstahls in Ansehung der listigerweise zum Nachtheil des Verkäufers auf die Seite geschafften und angeblich nicht gelieferten, daher auch nicht bezahlten Stücke anzunehmen.

III.

Ein gewisser Slotmann wurde vor dem Assisenhofe von Amsterdam wegen Mordes angeklagt; es ergab sich, daß er mit Einwilligung und nach Aufforderung des Verletzten eine Person getödtet hatte. Das Gericht fand ihn des Mordes schuldig; der Verurtheilte legte Cassation ein; in der Assisenverhandlung wurde von der Vertheidigung behauptet, daß die Handlung des Angeklagten nur als Akt der Theilnahme an einem Selbstmorde betrachtet werden könne, daher als Theilnahme an einer Handlung, welche das Gesetz nicht mit Strafe bedroht, wo der Grundsatz gelten müsse: socius delicti sine auctore non intelligitur. Das Gericht verwarf diese Ansicht schon deswegen, weil sich ergab, daß der Tod nicht durch den Verletzten selbst, sondern durch eine Handlung des Angeklagten erfolgte. Bei den Cassationsverhandlungen wurde nun ausgeführt, daß die nach Einwilligung des Verletzten verübte Tödtung nicht unter die art. 293. 97. 302 des Code pénal gestellt werden könne. Wenn das Gesetz zur Tödtung verlangt, daß sie volontairement verübt sey, so könne dies Merkmal nicht bei demjenigen angenommen werden, welcher einen Andern auf sein Verlangen tödtet. Der Code pénal theile alle Verbrechen in zwei Klassen, jenachdem sie die Gesammtheit (chose publique) oder die einzelnen Bürger und in sofern ein Privatrecht angreifen, daher die délits contre

les particuliers diejenigen seyen, welche ein gesetzlich geschütztes Recht auf Leben, Gesundheit, Ehre, Eigenthum verletzen. Die Tödtung ist nun im Gesetzbuche unter die Verbrechen der zweiten Art gestellt, woraus folgt, daß da, wo kein animus nocendi vorhanden ist, kein Schaden beabsichtigt werden soll, auch kein Verbrechen vorliegt, nach dem Grundsatze: nulla injuria in volentem committitur. Nach den Verhandlungen über den Code (Locré XV. p. 434. 448) wird die Bestrafung der Verbrechen deswegen nöthig, weil der Mensch ein Recht hat, von der bürgerlichen Gesellschaft den ruhigen Genuß der Vortheile, welche ihm durch den Staatsvertrag gewährleistet sind, und Schutz gegen ungerechte Angriffe, denen er ausgesetzt ist, zu fordern; kann man aber behaupten, daß er einen ungerechten Angriff leidet, wenn er den Angriff selbst gewollt hat? Der art. 295 spricht selbst von attentat à la personne, welcher Ausdruck aber nicht paßt, wenn die Handlung auf seine lebhaften Bitten an ihm verübt wird; die französische jurisprudence fordere zur Bestrafung eines Verbrechens intention criminelle; vergebens aber würde man eine solche, einen wahren dolus bei demjenigen suchen, der einen Einwilligenden tödtet. Wenn der Gerichtshof behauptet, daß das Gesetzbuch in seiner Allgemeinheit auch die mit Einwilligung des Verletzten verübte Tödtung umfaßt und daß das Gesetz die Einwilligung nicht unter den excuses aufführe, welche die Strafbarkeit tilgen, so folge daraus nichts, weil nach der obigen Ausführung die Handlung gar nicht in den Kreis des Strafrechts falle; wenn aber das Gericht die Ansicht aufstelle, daß die Einwilligung nicht berücksichtigt werden dürfe, weil sie den Gesetzen, den guten Sitten und öffentlichen Ordnung widerstreite und Niemand durch seinen Willen die Beachtung des öffentlichen Interesse ändern könne, so müßte ein Unterschied gemacht

werden. Es sey ganz richtig, daß das Daseyn einer solchen Uebereinkunft keine Klage auf Erfüllung des Vertrags erzeugen könne; allein daraus folge nicht, daß nicht das Daseyn eines solchen Vertrags die Natur einer Handlung ändern könne, welche außerdem strafbar seyn würde. Wenn man sich darauf berufe, daß der Cassationshof schon durch zwei Rechtssprüche das System von der Einwilligung in der Anwendung auf den Zweikampf mißbilligt habe, so passe dies nicht auf den vorliegenden Fall, indem bei dem Duell allerdings ein animus nocendi vorliege, der in unserm Falle mangele.

Zur Widerlegung dieser Ansichten führte der Generalprocurator aus, daß hier nur der Gesichtspunkt entscheide, daß die Verfolgung der in Frage stehenden Handlung von Amts wegen und ohne Rücksicht auf Klage des verletzten Theils geschehe, und daß, wenn das Gesetz eine Handlung förmlich verbiete, man Niemandem das Recht zuerkennen könne, zu seinem Nachtheile die Handlung zu verüben; der zu dem Verbrechen erforderliche Dolus sey schon vorhanden, sobald die Handlung wissentlich und freiwillig begangen wird; das Gesetzbuch definire die Tödtung nicht als eine gegen den Willen des Verletzten verübte Handlung; die Strafwürdigkeit liege in der Handlung selbst. Es gebe zwar einige Verbrechen, deren Strafbarkeit man nicht anders annehmen könne, als wenn sie gegen den Willen einer Person verübt werden; allein bei anderen Verbrechen komme es auf die Einwilligung nicht an. Wenn man fragt: ob die mit Einwilligung des Verletzten verübte Tödtung nicht eine besondere Art wegen des vorhandenen Motivs begründen soll, so könne dies allerdings angenommen werden; allein im französischen Gesetzbuche sey es nicht geschehen, und nur dem Gesetzgeber stehe es zu, eine solche Modification einzuführen; genug, daß der Getödtete durch eine freiwillige

und vorbedachte Handlung des Angeklagten den Tod fand. Hierauf erging der Rechtsspruch des Cassationshofs, welcher die Cassation verwarf, und den Angeklagten als schuldig des Mordes zur Todesstrafe verurtheilte. Die Entscheidungsgründe sind: In Erwägung, daß es hergestellt ist, daß der Cassationskläger die That mit Vorbedacht und vorsätzlich und aus einem Motiv de pur intérêt verübte und daher gerechterweise auf ihn die Vorschriften des Gesetzes angewendet sind, welches denjenigen straft, der eine Tödtung verübt; in Erwägung, daß der Gesetzgeber von 1810, von dem man nicht annehmen kann, daß er das von dem Cassationskläger aufgestellte und von mehreren Gesetzgebungen angenommene System nicht gekannt hätte, nach welchem die an einem Einwilligenden verübte Tödtung mit einer geringeren Strafe bedroht wird, als der gegen den Willen des Verletzten verübten Tödtung gedroht ist; in dem noch geltenden Gesetzbuche ohne Unterscheidung jedem Morde die Todesstrafe droht, und in Bezug auf den Fall der Einwilligung des Getödteten keine Ausnahme macht; daß das Gesetzbuch nur für einige Fälle in den art. 327. 328. 329 Ausnahmen aufstellt und diese Ausnahmen nicht über ihre ausdrückliche Bestimmung ausgedehnt werden dürfen; daß selbst der Gesetzgeber da, wo er auf die Einwilligung des Verletzten Rücksicht nahm, z. B. im art. 317, nicht gewollt hat, daß diese Einwilligung entschuldigen soll, und daß in der mit Vorbedacht und in einer Absicht de pur intérêt verübten Tödtung von selbst der Dolus liegt.

Wir machen hier noch auf einen vom französ. Cassationshof ergangenen Rechtsspruch vom 21. August 1851 [8]) aufmerksam, nach welchem in einem Falle eines Mordversuchs, wo reciprocité vorlag, ausgesprochen wurde,

---

8) Journal du droit criminel 1852. p. 246.

daß die Einwilligung des Verletzten die Strafbarkeit nicht aufhebe, und wobei die Entscheidungsgründe die Worte enthalten: attendu, qu'il n'appartient d'ailleurs qu'au jury d'apprécier les circonstances, qui peuvent atténuer le fait. — Wir sind überzeugt, daß die von den beiden Cassationshöfen aufgestellte Ansicht die richtige ist und nach dem französischen Gesetzbuche die Einwilligung des Verletzten nicht den Begriff des Mordes aufgiebt; allein wir finden in den oben mitgetheilten Worten des französischen Cassationshofs die Andeutung der Ansicht, daß die vorhandene Einwilligung ein Milderungsgrund seyn kann, und halten es für weise, wenn eine Gesetzgebung, welche nicht das System der Milderungsgründe, wie das französische Gesetz von 1832 kennt, den Fall der mit Einwilligung verübten Tödtung mit geeigneten Unterscheidungen mit besonderen Strafen bedroht. *Das Rechtsbewußtseyn* im Volke wird schwer verletzt, wenn das Gericht denjenigen, der die geliebte Gattin auf dem Sterbelager rettungslos liegend an furchtbaren Schmerzen leiden sieht und ihr auf ihr dringendes Verlangen Gift giebt um schnell ihre Qualen zu enden, zum Tode ebenso verurtheilt, wie den Raubmörder oder Banditen.

XXIII.

Zur Lehre von den Beleidigungen nach englischem Recht.

Von

Herrn Dr. Marquardsen.

(Vergl. Jahrg. 1850 1. u. 2. 1851 3. Heft.)

Kein Punkt in der ganzen Lehre von den Injurien ist von solcher Wichtigkeit und keiner hat so verschiedene Erledigungen gefunden, als die Frage nach dem Einfluß der Veritas convicii, nach der Bedeutung, welche der Beweis der Wahrheit bei Beleidigungen verdient. Kann man durch Angabe von wahren Thatsachen überhaupt beleidigen — was ist die allgemeine Regel — und auf welchen Motiven beruhen die Ausnahmen? so haben unsere deutschen Rechtslehrer älterer und neuerer Zeit gefragt, und so fragte auch die englische Commission fast jeden Zeugen, der vor ihr erschien. So wird (S. 124 des Report) Lord Denman vernommen: „Sollte in „keinem Falle die Wahrheit der Anschuldigung vor der „Jury zum Beweis verstattet seyn?" „„Dies möchte ich nicht sagen."" „Halten Sie es für möglich, die Fälle durch eine Grenzlinie zu unterscheiden, bei denen der Beweis der Wahrheit zu gestatten ist und nicht?" „„Man sollte den Beweis der Wahrheit nur da verstatten, wo eine

erlaubte Veranlassung, die Beleidigung zu veröffentlichen, vorlag."" „„In einem solchen Falle dürfte die Wahrheit sachentscheidend seyn."" Lord Denman ist nicht der Meinung, daß die Wahrheit des Vorgeworfenen überall bei der Strafausmessung, der Aufgabe des Richters im Gegensatz zur Frage der allgemeinen Strafbarkeit, der Aufgabe der Jury, untersucht werden dürfe. Auf die letzte Frage: „Würde es nicht das Beste seyn, den Nachweis der Wahrheit der angefochtenen Aeußerung stets zuzulassen, so jedoch daß der Richter und unter seiner Anleitung die Jury bei der Würdigung des Resultats freie Hand haben?" antwortet er: „„Mein Einwand dagegen ist, daß man so durch Begehen einer an sich höchst unrechten Handlung das Recht bekommt, den Charakter Desjenigen, der durch die Aeußerung benachtheiligt wird, in Frage zu stellen.""

Die Petitio principii, welche sich durch dieses Raisonnement zieht, ist offenbar. Lord Denman setzt voraus, daß es eine höchst unrechte Handlung (a thing very wrong in itself) ist, Jemanden zu beleidigen, und will dem Beleidiger daher nicht verstatten, seine Beleidigung zu beweisen d. h. nachzuweisen, daß sie gar keine Beleidigung und er kein Beleidiger war. Benachtheiligung kann gewiß auch durch die wahre Angabe entstehen und oft ist sie sogar der ausdrückliche Zweck der Veröffentlichung. Wenn (um ein Beispiel zu nehmen, das bei dieser Materie angezogen zu werden pflegt) Jemand durch Zeitungsannoncen, welche zur Annahme einer Gouvernantenstelle in einem bestimmten Hause einladen, junge Mädchen für unsittliche Zwecke in seine Gewalt zu bekommen sucht, und eine Zeitung diese Thatsache zur Abmahnung veröffentlicht, so kann ein solcher Mensch allerdings durch diese Veröffentlichung seines Treibens benachtheiligt (injured), nicht aber sträflich beleidigt werden. Es

ist keine injuria, nichts Injustum durch diese Aeußerung begangen worden. Die ganze Existenz eines solchen heimlichen Lüstlings kann durch diese wahre Angabe zerstört werden — aber wer will sagen, daß die Veröffentlichung unrecht war?

Aus anderen Aeußerungen Lord Denmans entnimmt man, daß ihn bei seiner Betrachtung auch die Idee irreleitete, wonach die Aufreizung zum Friedensbruch das Motiv zur Bestrafung der Injurie ist. Von dieser Anschauung aus läßt sich allerdings eine klare Einsicht in die Bedeutung der Veritas convicii nicht gewinnen, da die Angabe einer benachtheiligenden Thatsache natürlich viel eher zum Friedensbruch, zur Rache gegen den Bekanntmacher reizt, wenn sie wahr, als wenn sie falsch ist. Consequenter Weise müßte demnach die Veritas convicii die Strafbarkeit erhöhen und zu diesem monströsen Standpunkt hat sich auch die alte engliche Rechtsparömie „the greater the truth, the greater the libel" erhoben.

Ein anderer Zeuge, Mr. George Cornewall Lewis, Mitglied des Ministeriums Russell, verdient deshalb besondere Berücksichtigung, weil er mit Professor Austin die Preßordonnanz für Malta ausgearbeitet hat. Außer manchen Aeußerungen über das politische Libell, welche mit dem im Jahrg. 1851 S. 375 mitgetheilten Urtheil der Commission harmoniren*), bezieht sich seine ganze

*) Man verzeihe hier eine im Interesse des Gegenstandes liegende Abschweifung. Seit der Veröffentlichung des angeführten Beitrags ist eine sehr fleißig gearbeitete Schrift von Forber über das ganze Gebiet der englischen Rede- und Preßfreiheit erschienen. Da sie auf Starkie basirt ist (das ebenfalls benutzte Buch von Cooke hätte füglich unbenutzt bleiben können), kann man sie getrost empfehlen, soweit es das Privatlibell und seine Behandlung angeht. Um das öffentliche Libell, das in England fast obsolet geworden ist („wir wüßten gar nicht, wie wir es anfangen sollten, hochverrätherisch zu schreiben" sagte neulich die Times), hat sich Star-

Vernehmung ausschließlich auf die Zulässigkeit und Unzulässigkeit des Wahrheitsbeweises. Zur näheren Erläuterung seiner Ansichten über diesen Gegenstand mögen hier einige Bemerkungen stehen, welche er über den Unterschied von Staats- und Privatlibell macht. „Die verderblichste Klasse von Beleidigungen sind die Privat-, nicht die öffentlichen Beleidigungen. Man sollte die ersteren

---

sie wenig gekümmert und nur das Oftgesagte der alten Textwriter eines Hawkins, Foster und East wiederholt. Der englische Jurist weiß, was er davon zu halten hat, und wie in den englischen Gerichtshöfen und außerhalb derselben (denn die Umwandlung zeigt sich durch Nichtverfolgung) heutzutage ganz andere Grundsätze herrschend geworden sind. Nach dem Lorber'schen Buch muß aber der Deutsche glauben, daß in England die Presse und die Rede Beschränkungen unterliege, wie nirgendwo, außer etwa in Rußland und Frankreich. Anstatt die hohlen Sentenzen eines Jahrhunderts zu wiederholen, das bei den ungeheuren Fortschritten der Neuzeit fast ein Jahrtausend hinter uns zu liegen scheint, anstatt die Summing-up's eines Ellenborough mitzutheilen, welche den Stempel jener dunklen Periode zwischen dem Tode Fox's und dem Ministerium Canning tragen, hätte man besser gethan, eine Darstellung der gegenwärtigen Rede- und Preßfreiheit von England aus den Aeußerungen eines Peel oder Russell über die Presse, aus den Resumés der Richter von heutzutage, aus den öffentlichen Blättern und ihrem täglichen Inhalt zusammenzutragen. Daraus würde ein ganz anderes, weil wahres, Bild unserer Lehre entstanden seyn, als sich jetzt in der Lorberschen Schrift entrollt findet. Wir wiederholen noch einmal, was die Commission über die erlaubte Discussion politischer Gegenstände bemerkt (Rep. p. III.) „Bei der Milde, mit welcher dieser Theil des Strafrechts von den verschiedenen Administrationen verwirklicht worden ist, bei der liberalen Auffassung unserer Richter und dem gesunden Tacte der Geschwornen, haben die absolutistischen Bestimmungen früherer Perioden, obgleich sie noch nicht formell aufgehoben sind, sich praktisch ohne störenden Einfluß erwiesen. Die Committee hat gefunden, daß, soweit es sich um Staatsanklagen handelt, weder Autoren noch Journalisten sich beklagen." Diese Aeußerung, gethan von einer Commission des Oberhauses, der mehrere Richter angehörten, sollte sachentscheidend seyn und nach ihr, nicht nach dem Buche des Herrn Lorber, sind die gegenwärtigen Grenzen der politischen Rede- und Preßfreiheit in England zu bemessen.

strenger behandeln und härter bestrafen, als politische Libelle." Ein Vorschlag des Zeugen, wonach der öffentliche Ankläger (seine Einführung in England vorausgesetzt) auch wegen Privatbeleidigungen zu verfolgen haben soll, wird von einem Mitgliede der Commission recht gut widerlegt. Hierbei die Bemerkung, daß sich die Mitglieder des Oberhauses selbst im Licht stehen, da sie nicht gestatten, der Frage den Namen des Fragenden beizufügen, wie es in den Reports der Unterhauscommissionen immer geschieht. Auf die Frage nach der Zulässigkeit und dem Einfluß des Wahrheitsbeweises heißt es dann S. 57: „Dieß ist eine schwierige Frage. Was politische Libelle angeht, sind immer die gefährlichsten solche, welche zu gewaltsamem Widerstand gegen die Gesetze aufreizen, und bei ihnen kann natürlich von einem Beweise der Wahrheit nicht die Rede seyn. Wo es sich um Anschuldigungen öffentlicher Beamten handelt, muß man den Wahrheitsbeweis überall gestatten, vorausgesetzt daß die Angabe eine solche ist, die überhaupt wahr gemacht werden kann. Bei Privatbeleidigungen dagegen weicht meine Ansicht von der gewöhnlichen nicht unbedeutend ab. Ich würde vorschlagen, daß bei einer Anklage wegen Privatbeleidigung die Wahrheit keine Vertheidigung ausmachen soll, daß Wahrseyn oder Nichtwahrseyn dabei gar nicht in Betracht zu kommen hat. Meine Meinung, daß man die Frage nach der Wahrheit ganz bei Seite lassen soll, beruht darauf, daß der Charakter von Privatpersonen niemals mit Nutzen in der Presse discutirt werden kann." Mr. Lewis räumt ein, daß er hierbei speciell gedruckte, nicht geschriebene Beleidigungen im Sinn gehabt habe, und ist nicht ganz abgeneigt die Wahrheit bei der Strafbestimmung in Betracht zu ziehen (über die Affidavits, welche hierbei gebraucht werden, ist schon früher geredet worden). Gegen den Einwand, daß es so doch zur öffentlichen Discussion

nicht blos Opfer an Geld und Zeit, sondern vor Allem müssen kleinliche Eitelkeit und kurzsichtige Empfindlichkeit bei Seite gelegt werden. Wer diese Opfer nicht bringen kann, der bleibe daheim und wärme sich am häuslichen Feuer. Wer in der Sonne des öffentlichen Lebens wandeln will, darf sich nicht wundern, wenn sie ihn bräunt. So sehr es dem Staate daran liegen muß, über seine Bürger, soweit sie am Staatsleben Theil nehmen, die Wahrheit zu erfahren, so gleichgültig kann es ihm dagegen seyn, den Standpunkt der Moralität in einer einzelnen Familie zu wissen. Hier hat er nur ein Interesse, das Institut selbst, die Familie zu bewahren, und dies geschieht am besten durch Nichteinmischung und Verhinderung der Einmischung in die einzelnen Familien.

Wenn man sich auch mit dem Resultat des Mr. Lewis, daß der Beweis der Wahrheit bei allen Privatangelegenheiten absolut ausgeschlossen seyn soll, nicht einverstanden erklären kann, so ist doch seine Grundanschauung über den Unterschied des politischen und des Privatlibells richtig. Sie ist in den Noten zur Preßordonnanz für die Insel Malta noch weiter ausgeführt. Da diese, eine gemeinschaftliche Arbeit des Mr. Lewis und Mr. Austin, ungefähr die gegenwärtige in England herrschende Ansicht über politische Libelle ausdrücken, mögen uns noch folgende Auszüge verstattet seyn.

Eine politische Beleidigung — im nicht juristischen Sinn — (d. h. eine, die nicht in die Sphäre des Privatlebens sich hineindrängt) ist nur strafbar, wenn sie zu einer Handlung auffordert, welche den Umsturz des Staats zum Zwecke hat (tending to subvert the government), zu gewaltsamem Widerstand gegen die Autorität der Regierung aufreizt, die Königin tadelt oder disrespectirlich (disrespectfully) erwähnt, oder fälschlicher Weise eine

Wahrheitsbeweises entstehen würden. Im Ganzen steht der Zeuge hierbei auf dem Standpuncte des französischen Rechts in dieser Materie. Auch dieses läßt, freilich mit vielen Beschränkungen, die Wahrmachung der sich auf sein Amt beziehenden Angriffe auf einen fonctionnaire public zu. Eine Zeitlang (von 1822—1830) war aber dieser Beweis nicht durch Zeugen zu führen, sondern mußte stets par écrit erbracht werden. Auch jetzt noch schränkt man den Begriff fonctionnaire und officier public ganz unverhältnißmäßig ein, weil die Franzosen von einem wahren politischen Leben und seinen Anforderungen keinen Begriff haben. Die Sache liegt nicht so, daß nur bei öffentlichen Beamten und ihren Amtsverrichtungen der Beweis der Wahrheit ausnahmsweise zuzulassen ist, sondern daß ausnahmsweise die Familienverhältnisse gegen unberufene Veröffentlichung, geschützt werden müssen. Die Regel ist die Zulässigkeit des Wahrheitsbeweises. Das ganze öffentliche Leben eines Volks muß von Wahrheit durchdrungen seyn, und dazu reicht die homöopathische Gestattung des Wahrheitsbeweises bei angeblichen Amtsverletzungen nicht aus. Der Schriftsteller, der öffentliche Angelegenheiten bespricht, der Kandidat, welcher Wahlreden hält, der einfache Staatsbürger, welcher sich über die Angelegenheiten seines Landes ausspricht, sind in all diesen Beziehungen fonctionnaires public und dürfen sich nicht beklagen, wenn die Oeffentlichkeit, an die sie sich selbst wenden, auch auf sie zurückfällt. Ohne Zweifel wird das Bewußtseyn, Beschuldigungen durch Wahrheitsbeweis rechtfertigen zu können, manches harte Wort gegen einen öffentlichen Charakter aussprechen lassen, und im Fall einer Anklage wegen politischen Libells der unternommene Wahrheitsbeweis dem angeblich Beleidigten wehe thun. Allein das öffentliche Leben ist einmal für Männer, nicht für Weiber da. Es fordert

nicht blos Opfer an Geld und Zeit, sondern vor Allem müssen kleinliche Eitelkeit und kurzsichtige Empfindlichkeit bei Seite gelegt werden. Wer diese Opfer nicht bringen kann, der bleibe daheim und wärme sich am häuslichen Feuer. Wer in der Sonne des öffentlichen Lebens wandeln will, darf sich nicht wundern, wenn sie ihn bräunt. So sehr es dem Staate daran liegen muß, über seine Bürger, soweit sie am Staatsleben Theil nehmen, die Wahrheit zu erfahren, so gleichgültig kann es ihm dagegen seyn, den Standpunkt der Moralität in einer einzelnen Familie zu wissen. Hier hat er nur ein Interesse, das Institut selbst, die Familie zu bewahren, und dies geschieht am besten durch Nichteinmischung und Verhinderung der Einmischung in die einzelnen Familien.

Wenn man sich auch mit dem Resultat des Mr. Lewis, daß der Beweis der Wahrheit bei allen Privatangelegenheiten absolut ausgeschlossen seyn soll, nicht einverstanden erklären kann, so ist doch seine Grundanschauung über den Unterschied des politischen und des Privatlibells richtig. Sie ist in den Noten zur Preßordonnanz für die Insel Malta noch weiter ausgeführt. Da diese, eine gemeinschaftliche Arbeit des Mr. Lewis und Mr. Austin, ungefähr die gegenwärtige in England herrschende Ansicht über politische Libelle ausdrücken, mögen uns noch folgende Auszüge verstattet seyn.

Eine politische Beleidigung — im nicht juristischen Sinn — (d. h. eine, die nicht in die Sphäre des Privatlebens sich hineindrängt) ist nur strafbar, wenn sie zu einer Handlung auffordert, welche den Umsturz des Staats zum Zwecke hat (tending to subvert the government), zu gewaltsamem Widerstand gegen die Autorität der Regierung aufreizt, die Königin tadelt oder disrespectirlich (disrespectfully) erwähnt, oder fälschlicher Weise eine

spezielle Malversation einer bestimmten Persönlichkeit vorwirft, welche Regierungsfunctionen hat *). (Note III. Sect. IV. des Entwurfs.)

Zur Rechtfertigung dieser Sache heißt es weiter:

1. Ohne Zweifel müssen Angriffe auf die Verfassung, welche in Gestalt ernsthafter Argumentation auftreten, straflos seyn. Aber wenn dergleichen in ernsthafter Form erscheinende Angriffe unsträflich sind, kann man sie auch da nicht strafen, wo sie in der Gestalt von Schmähungen und mit der Absicht, den Gegenstand der Angriffe lächerlich zu machen, vorkommen. Für einen Schriftsteller, der ernstlich sich bei politischen Discussionen betheiligt, ist es unmöglich Alles zu vermeiden, worin man nicht am Ende eine Schmähung oder den Versuch lächerlich zu machen, finden könnte. Dies gilt namentlich bei politischen Schriftstellern in Zeitungen und periodischen Werken, da ihnen die Zeit fehlt, ihre Ausdrücke so genau abzuwägen.

2. Angriffe auf die Regierung, welche nicht eine einzelne Person zum Gegenstande haben, kann man, nach der Ansicht der Commissioners, ohne Nachtheil ungestraft lassen. Entweder sind solche Angriffe allgemein, oder berühren spezielle Thatsachen. Sind solche spezielle Anschuldigungen wahr, verdienen ihre Urheber gewiß keine Strafe. Sind sie unbegründet, so kann man sie leicht widerlegen. Allgemeine Angriffe kommen auf die schon besprochenen Schmähungen und Verspottungen hinaus, und diese kann man nicht verbieten ohne aller Kritik ein Ende zu machen. Man darf dabei nicht übersehen, daß solche Angriffe gegen die Verwaltung als ein Ganzes,

*) Die oft nur halbdeutschen Ausdrücke sind gewählt worden, um den Sinn der einzelnen Worte so getreu als möglich wiederzugeben.

ohne besondere Richtung auf Individuen, das Gefühl einer Privatperson selten oder nie verwunden werden; Vorwürfe und Schmähungen gegen eine zahlreiche Körperschaft werden keinen der Einzelnen, der zu ihr gehört, berühren.

3. Angriffe auf eine einzelne Persönlichkeit, die an der Staatsverwaltung Theil nimmt, können in Schmähung oder Verspottung und im Vorwerfen von schlechtem Betragen bestehen. Sie sind entweder allgemein oder speziell gehalten, und letztere entweder wahr oder falsch. Schmähungen und Verspottungen gegen Personen in öffentlicher Stellung kann man ohne Nachtheil straflos lassen. Aehnliche Angriffe auf Personen in ihrem Privatcharakter dagegen können das Gefühl und das Ansehn derselben verletzen, und sind deshalb mit Strafe *bedroht*. Aber bloße Schmähungen gegen eine Person *in ihrem öffentlichen* Charakter können weder ihre Ehre noch ihr Gefühl verwunden. Ihre Ehre nicht, weil das Publikum darin nur den Ausbruch einer Partheilichkeit und eine gewöhnliche Waffe des politischen Partheikampfes *sieht*. Ihr Gefühl nicht, weil der Betroffene weiß, in welchem Lichte das Publikum den Angriff betrachtet.

Ebenso steht es mit den allgemeinen Vorwürfen einer schlechten Amtsführung oder schlechten politischen Betragens (misconduct). So lange sich der Angriff in Allgemeinheiten hält, kann er weder als wahr noch als falsch bewiesen werden, und daher glaubt Niemand, der nur ein Fünkchen Verstand und Rechtssinn hat, dergleichen. Es geht damit wie mit den Schmähungen.

Die wahre Anschuldigung eines speziell angeführten schlechten Betragens gegen einen öffentlichen Charakter kann allerdings die Reputation und das Gefühl des Betroffenen verletzen. Ein solcher Angriff gegen eine Pri-

vatperson ist in der Ordonnanz mit Strafe bedroht, und man könnte meinen, auch für öffentliche Charaktere müßte ein solcher allgemeiner Schutz eintreten. Allein eine wahre Beschuldigung einer speziell angegebenen Malversation (im weitesten Sinne genommen) hat die Tendenz, ähnlichen Vorkommnissen vorzubeugen, und der Vortheil, den die Allgemeinheit von der Angabe hat, ist weit wichtiger als der Nachtheil, der dem schuldigen Einzelnen daraus erwächst; und jener, nicht dieser ist hierbei zu berücksichtigen.

Eine falsche Anschuldigung eines speziellen Mißverhaltens gegen einen öffentlichen Charakter trifft ihn weniger, als ein gleicher Angriff gegen eine Privatperson, kann aber doch seinem Gefühle und seinem Ansehn bei Anderen zu nahe treten. Da bei einer solchen Beschuldigung nicht wie bei einer wahren der Nachtheil des Einzelnen durch den Vortheil des Publikums überwogen wird, ist sie mit Strafe zu bedrohen.

Schließlich fügen die Commissioners hinzu, daß die Freiheit der politischen Debatte, welche ihre Ordonnanz gewährt, nicht einmal so ausgedehnt ist, als sie das öffentliche Urtheil und namentlich die Presse heutzutage in England de facto genießen.

Die Committee der Lords hatte sich zu fragen, ob nicht ein anderes Kriterion gefunden werden könne, wonach die Zulässigkeit des Wahrheitsbeweises und sein Einfluß auf die Entscheidung im einzelnen Fall zu bestimmen sey. Einige Zeugen schlugen die bona fides des angeblichen Libellanten dazu vor. Man wollte das hierbei der Ordonnanz von Malta zu Grunde liegende Prinzip der öffentlichen Wohlfahrt, des Nutzens der Allgemeinheit nur dann annehmen, wenn die Veröffentlichung ausdrücklich in diesem Interesse geschehen ist. Diese Ansicht fand bei der Commission keine Billigung, und in der That

ist auch nichts verkehrter, als bei einer an sich löblichen Handlung, was die Aufdeckung einer Schlechtigkeit stets ist, noch nach den Motiven zu haschen, aus denen der Angebende wohl gehandelt hat. Schon die Commission, welche ein Gesetzbuch für die ostindischen Besitzungen zu entwerfen hatte, hat in ihren Motiven das Exorbitante einer solchen Untersuchung nachgewiesen. Sie erinnert an den Satz **the quarrels of rascals are the security of honest men.** Wenn A. dem B. das Leben rettet, fragen wir nicht lange, weshalb er es gethan hat. Möglicherweise, weil er dem C. gram ist und dieser dem B. eine jährliche Rente zu bezahlen hat. Wenn eine Gesellschaft Schwindler in einer Spielhölle die Jugend der Hauptstadt ausrupft und Einer der Genossen aus Haß gegen die andern die Sache aufdeckt, soll man ihm da antworten: Du hast die Quelle unsäglichen Familienelends verstopft, hast Hunderte von einem tiefen Abgrunde zurückgezogen, aber weil Du dies nicht aus Liebe zur Tugend, sondern aus Haß gegen Deine Spießgesellen gethan, sollst Du trotz der Wahrheit deiner Veröffentlichungen als Libellant mit Geldbuße und Gefängniß bestraft werden?

Die weitere Frage war nun: Wenn man den Beweis der Wahrheit überall zulassen will, welche rechtlichen Folgen soll der geführte Beweis haben? Sollen die Geschworenen verbunden seyn, unter allen Fällen, wo sie sich von der Wahrheit des Vorgeworfenen überzeugt haben, ein Nichtschuldig auszusprechen? Auch hier suchte man durch ein Beispiel das Ungerechte einer solchen Bestimmung nachzuweisen. Ein Frauenzimmer ist in ihrer Jugend verführt worden, hat durch manche Jahre unausgesetzten Wohlverhaltens an einem fremden Orte sich aufs Neue einen guten Namen erworben. Ihr früherer Verführer macht sie hier ausfindig, und da sie ihm nicht ferner zu

Willen seyn will, verbreitet er überall, daß er sie einst verführt habe. Soll ihm, wenn er deshalb angeklagt wird, der Beweis der Wahrheit zum Schutz gereichen? Man versucht auch, an diesem Beispiel nachzuweisen, daß für Privatangelegenheiten die Wahrheitsbeweisführung überhaupt unstatthaft sey, allein man darf sich nur der früher von uns angeführten Fälle erinnern, um das Unthunliche einer solchen Ausschließung zu erkennen.

Die meisten Zeugen erkärten sich dafür, bei Anklagen wegen Beleidigung den Beweis der Wahrheit zu verstatten, vorausgesetzt, daß der Angegriffene von der beabsichtigten Führung dieses Beweises in Kenntniß gesetzt ist, um ihn bei der Verhandlung durch Gegenbeweis entkräften zu können. Ueber den Einfluß der Wahrheit auf die Strafbarkeit der Veröffentlichung sollte aber, nach dem Urtheil Aller, die Jury frei bestimmen.

Auf Grund dieses Urtheils der Sachverständigen schlug die Commission in ihrem Report vor, daß bei einer Civilklage wegen Beleidigung die Veritas convicii nicht (wie bisher) eine absolute Vertheidigung ausmachen solle, sondern daß der Verklagte auch noch anzuführen und zu beweisen habe, daß die Veröffentlichung der Allgemeinheit zum Nutzen gereicht habe (for the benefit of the Community), daß bei einer Anklage wegen Beleidigung der (bis dahin ganz ausgeschlossene) Beweis der Wahrheit statthaft und entscheidend seyn solle, wenn die Veröffentlichung nach dem Urtheil der Geschworenen zum öffentlichen Vortheil diente.

Die anderen Vorschläge der Commission beziehen sich auf die Ausdehnung der Strafbarkeit auf Worte, welche z. B. Unkeuschheit, Feigheit u. s. w. vorwerfen (vgl. Jahrg. 1850. 1. u. 2. Heft), auf die Erlaubniß, zur Verminderung der Schadenersatzsumme den stattgehabten Abdruck einer Apologie anzuführen (ein besonderes Pri-

vileg der Zeitungen), die nähere Bestimmung der Strafzeit für die verschiedenen Arten der schriftlichen Beleidigung u. s. w. Obgleich die getreue oder unpartheiisch abgekürzte (fair im Gegensatz von garbled) Mittheilung der Verhandlungen im Gerichtshofe und im Parlamente schon lange de facto als erlaubt angesehen war, so fehlte es doch noch an einer ausdrücklich darauf gehenden Gesetzesbestimmung. Auch diese wurde von der Commission sub Nr. 10 formulirt. Weitere Vorschläge betreffen die Haftbarkeit eines Prinzipals für die Thätigkeit seines Agenten (vgl. Jahrg. 1850. 1. u. 2. Heft), und schließlich wird bestimmt, daß die Cautionen, welche von periodischen Werken für die Bezahlung der Stempelsteuer verlangt werden, zugleich als Cautionen für die Bezahlung etwaniger zuerkannter Schadensersatzgelder dienen sollen.

Die 14 Propositionen der Committee wurden von Lord Campbell, dem Veranlasser derselben, zu einer Bill zusammengestellt. Ehe dieser Gesetzesvorschlag jedoch zu einem Gesetze wurde, hatte er noch, namentlich im Unterhause, eine sehr einschneidende Kritik zu bestehen. Die bedeutendsten Mitglieder nahmen an der Debatte Theil, unter Anderen auch Sir Robert Peel, und die Bill konnte nicht in ihrem ganzen Umfange durchgesetzt werden; doch enthält das Gesetz vom 24. August 1843 (6 u. 7 Victoria c. 96) alle wesentlichen Vorschläge, vor Allem aber das Prinzip, daß auch bei Anklagen wegen Libells die exceptio veritatis vorgebracht werden darf, daß es aber der Jury unbenommen bleibt, trotz der Wahrheit des Vorgeworfenen den Urheber der Veröffentlichung dennoch schuldig zu finden, wenn nach ihrer Ueberzeugung die Veröffentlichung nicht for the public benefit war.

Durch diese Modification des bis dahin geltenden Rechts scheint wirklich eine sachgemäße Entscheidung getrof-

sen zu seyn. Eine Jury wird ohne Zweifel den Verführer, der sein Opfer nach langer Buße aus ihrem tadellosen Wandel aufschreckt, trotz der Wahrheit seiner Angabe schuldig finden, und ebenso unzweifelhaft den Journalisten, der wie die Times vor einigen Jahren, vielleicht mit ungeheuern Kosten, das Spinnengewebe einer Schwindlercompagnie aufdeckt, freisprechen. Eine verständige Jury wird auch Den nicht strafen, der aus schlechten Motiven dem Publikum durch seine Angaben einen großen Dienst erweist.

Aehnlich, aber in Bezug auf den letzten Punkt nicht ganz so lobenswerth, ist die Gesetzgebung von Massachusetts, welche außer der Wahrheit verlangt, that the matter charged to be libellous was published with good motives and justifiable ends. (Revised Statutes of Mass. chap. 133. sect. 6.)

Das neue englische Gesetz hat, nach dem Vorschlag der Commission, jetzt ein Maximum der Strafe für 3 verschiedene Abstufungen des Libells festgesetzt. Nach s. 3 desselben wird die Veröffentlichung eines Libells, wenn Drohungen vorhergegangen sind (um Geld, eine Anstellung u. s. w. zu erpressen) mit Correctionshausstrafe von höchstens 3 Jahren (mit oder ohne harte Arbeit) belegt. Ein Libell, dessen Unwahrheit der Libellant kennt, soll mit Geldbuße und Gefängniß oder Correctionshausstrafe bis zu 2 Jahren, sonst mit Geldbuße und Gefängniß bis zu 1 Jahr geahndet werden.

Die bedeutendste Aenderung, welche durch dieses Gesetz herbeigeführt wurde, bestand daher in der Erweiterung der Befugnisse der Geschworenen, und so überzeugt ist man in England, daß nur Geschworene, Vertreter des Publikums, über Beleidigungen zu richten haben, daß die neuesten Reformen in der Civilrechtspflege die Compe-

tenz der Jury auf diesem Gebiet unangetastet gelassen haben. Dreimal sind schon über die County Courts, welche der Civiljury einen großen Theil ihrer Geschäfte abgenommen haben, neue Gesetze ergangen, allein die Civilklage wegen Slander oder Libel ist stets ausdrücklich den Obergerichten, bei denen Geschworne thätig werden, vorbehalten worden.

Berichtigung.

Im vor. Stück S. 430. Not. 3. 5. muß es statt „v. Magnan" heißen: v. Haynau.

Gebauer-Schwetschke'sche Buchdruckerei in Halle.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,
J. M. F. Birnbaum
in Gießen,
A. W. Heffter
in Berlin,
E. Herrmann
in Göttingen,
C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,
H. A. Zachariä
in Göttingen.

Beilageheft zu 1852.

Halle,
C. A. Schwetschke und Sohn.
(M. Bruhn in Schleswig.)
1852.

Vorwort.

Die nachfolgende Abhandlung war für unser Archiv bestimmt, und am Schlusse des vergangenen Jahres von mir abgesandt worden. Als mir unlängst von dem Herrn Verleger die Mittheilung gemacht wurde, daß man wünsche, diese Abhandlung, welche in verschiedene Abschnitte gesondert und in mehrere Hefte vertheilt, nur verhältnißmäßig spät vollständig abgedruckt werden könnte, alsbald als ein Ganzes in einem Beilage-Hefte erscheinen zu lassen, hatte ich diesem Vorschlag um so weniger etwas entgegen zu setzen, als bereits eine geraume Zeit abgelaufen war, seit ich dieselbe aus den Händen gegeben. Es ist bei einer regelmäßig in bestimmten Terminen erscheinenden Zeitschrift, bei der Sorge für den erforderlichen Stoff unvermeidlich, daß einzelne Beiträge erst nach mehr oder minder langer Frist zum Abdruck kommen. Und da wird denn der Verfasser, welcher den wohlwollenden Freunden der Wissenschaft gern etwas, nach Kräften Vollendetes vorzulegen wünscht, es oft bedauern, daß es ihm dennoch nicht möglich

war, die Ergebnisse fortgesetzter Beschäftigung mit dem Gegenstande hinzuzufügen, oder auch Manches zu verbessern, wie es unter andern Voraussetzungen geschehen könnte.

Dieser Umstand veranlaßt mich ein kurzes Vorwort vorauszuschicken. Es sind in unserm Archive, dem ich als Mitherausgeber eine besondere Theilnahme widme, mehrere Arbeiten von Andern und von mir in Beilage=Heften erschienen. Die meinigen betrafen die Entwürfe zu Strafgesetzgebungen und Strafprozeß=Ordnungen in Preußen: es war aus Gründen, die einer Ausführung nicht bedürfen, gerechtfertigt und geboten solche umfassendere Schriften möglichst bald und ungetrennt denen vorzulegen, welche in irgend einer Weise bei den Berathungen in Gesetz=Commissionen oder in den Kammern mitzuwirken den Beruf haben. Ein solcher Fall tritt bei der folgenden Abhandlung, deren Aufgabe es war, einen Beitrag zur geschichtlichen Erläuterung der P. G. O. zu liefern, nicht ein, und so könnte möglicherweise von denen, die mich nicht näher kennen, die von der sonstigen Art des Abdruckes der Aufsätze für das Archiv, eine Ausnahme machende, besondere Ausgabe meines Versuches eine Mißdeutung erfahren, welcher zu begegnen ich für eine Pflicht, und nicht blos gegen mich selbst, erachte.

Nach vielfacher, in aufrichtiger Theilnahme an den Forderungen der Gegenwart, nicht abzu-

weisenden Beschäftigung mit den neuern Gesetzes-Entwürfen war es mir Bedürfniß und eine Genugthuung, wieder einmal zu lieb gewordenen geschichtlichen Studien zurückzukehren und einen bisher nicht hinlänglich gewürdigten Gegenstand, der unser gemeines Recht, und eine gewiß wichtige Seite der Hauptquelle desselben, der P. G. O. betrifft, zur Sprache zu bringen. Wie sich auch, bei dem gerechtfertigten Streben in allen deutschen Landen, neue zeitgemäße Strafgesetzgebungen zu Stande zu bringen, das Schicksal unseres Rechts gestalten, wie sehr für das praktische Recht die P. G. O. — die mehr Gegner als Kenner hat — in den Hintergrund treten möge, die Wissenschaft wird immer noch lange Zeit zu derselben zurückkehren, ein gründliches Studium des einheimischen Strafrechts von ihr ausgehen, das Bedürfniß das Gemeinsame festzuhalten, auf jenes Rechts- oder Gesetz-Buch hinweisen müssen. So darf ich denn wohl die Aufmerksamkeit derer in Anspruch nehmen, welche auch dem Geschichtlichen seine gebührende Stelle einräumen, während ich darüber, ob für unsere Zeit und die neuern Gesetzgebungen, etwas der Beachtung zu Empfehlendes beigebracht sey, mich dem Urtheile der Sachverständigen unterwerfe. Daß aber die richtige Auffassung des Verhältnisses von Religion und Recht, von Kirche und Staat, für die Gesetzgebung und vornehmlich auch im Gebiete des Strafrechts von hoher Wich-

tigkeit sey, wird Niemand bezweifeln. Betrachtet man die Sitten- und Rechts-Geschichte der Völker des Alterthums, der spätern Zeit und der christlichen Staaten in den verschiedenen Perioden, so wird man die Beziehung beider auf einander vielfach, zugleich aber den Einfluß der jedesmaligen Zeitansicht, und alles dessen, wodurch diese bedingt ist, erkennen, und hierin theils die Erklärung, wenn auch nicht überall, Rechtfertigung dessen, was zur Geltung gelangt ist, theils den Grund der Schwierigkeit einer vollständigen Lösung der Aufgabe bei dem Kampfe widerstreitender Meinungen und Mächte finden.

Die Wissenschaft hat sich auch hier zu *betheiligen*: sie darf nicht blos zuschauend sich verhalten. Der nachfolgende geschichtliche Versuch macht keinen Anspruch für mehr als einen kleinen Beitrag zu gelten.

Breslau, im Juni 1852.

Einleitung.

Unsere ältern deutschen Rechts- und Gesetz-Bücher sind nicht nur ihrem ganzen Inhalte nach von den Grundsätzen der christlichen Religion, nach der jedesmaligen Auffassung der Zeit, durchdrungen, sondern sie stellen sich auch in einer mehr oder minder bestimmt ausgesprochenen Weise in ein näheres Verhältniß zu derselben. Allerdings gilt das erstere nur im Allgemeinen und es tritt bei den rechtlichen Bestimmungen nicht hervor, die auf einer selbstständigen Grundlage beruhen, und eine religiöse Beziehung, als eine besondere, nicht anders als in sofern zulassen, daß die Erfüllung des Rechts, die Gerechtigkeit in der umfassendern und tiefern Bedeutung, in welcher der Begriff in der heiligen Schrift genommen wird, selbst zu einer religiösen Pflicht gemacht, als solche namentlich den Richtern — aber nicht blos diesen eingeschärft wird. Wohl aber zeigt es sich in den Geboten und bei den Lehren, auf deren Gestaltung und Ausbildung das Christenthum einen geschichtlich nachzuweisenden Einfluß gehabt hat [1]), wie dieser auch in dem spätern römischen Rechte in der Gesetzgebung von Constantin d. Gr. an, erkennbar ist. Das andre bezeichnet dagegen bestimmter und sichtlich die Ansicht, die der Gesetzgeber von der Natur und dem Grunde des Rechts, von seiner ihm durch eine höhere anerkannte Autorität beigelegten Pflicht und Macht hat, woraus dann weiter abgeleitet wird, was er von Denen fordert, die in

---

1) S. überhaupt Jacobson, kirchenrechtliche Versuche. Zweiter Beitrag. Königsberg 1833. S. 43 fg. Wilda, Strafrecht der Germanen, Halle 1842. S. 530 fg.

tenz der Jury auf diesem Gebiet unangetastet gelassen haben. Dreimal sind schon über die County Courts, welche der Civiljury einen großen Theil ihrer Geschäfte abgenommen haben, neue Gesetze ergangen, allein die Civilklage wegen Slander oder Libel ist stets ausdrücklich den Obergerichten, bei denen Geschworne thätig werden, vorbehalten worden.

Berichtigung.

Im vor. Stück S. 430. Not. 3 5. muß es statt „v. Magnan" heißen: v. Haynau.

Dr. Gebauer-Schwetschke'sche Buchdruckerei in Halle.

Rechts schein.

fast in's Extrem gehenden Werth legt, so daß nicht etwa blos das Kirchliche, sondern das Allgemein Religiöse und Christliche fast gänzlich bei Seite gesetzt wird, — der frühern Zeit fremd seyn mußte, daß die Festhaltung des Zusammenhanges und der nahen gegenseitigen Beziehung auch in einer objektiven Weise, so wie sie in dem Subjekt nothwendig statt findet, sich bei der Behandlung des positiven Rechts und in der Gesetzgebung äußern mußte, kann um so weniger auffallen, wenn man das frühere Verhältniß von Kirche und Staat, insbesondere in dem Heiligen Römischen Reiche deutscher Nation berücksichtigt, als man selbst in den Werken über das später s. g. Naturrecht, welches so lange in Verbindung mit der Moraltheologie und auch von Theologen bearbeitet worden ist, von der religiösen Grundlage und von der Bibel, als einer auch für das Recht und die weltlichen Verhältnisse, anzuerkennenden Autorität ausging. So erklärt sich auch, um dies gleich hier für unsern nähern Zweck einer Betrachtung der Carolina nach dieser Seite anzuführen, wie man nach der ganzen Richtung der Zeit der Abfassung derselben — das Canonische Recht, als eine der ergänzenden Quellen betrachten konnte, obschon sie als solche nirgends genannt ist [3]), während so häufig auf gemeine kaiserliche Rechte, Satzungen der Vorfahren rc. hingewiesen wird. — Das Ergebniß für unser gemeines Strafrecht, wie es durch Praxis und Wissenschaft festgestellt worden, ist nicht nur nirgends bezweifelt, sondern auch in seiner Berechtigung nicht angefochten worden.

Es soll jedoch hier als Einleitung zu den Betrachtungen, die ich einem wenig besprochenen Gegenstande zu widmen gedenke, nur jene Thatsache erwähnt, nicht aber

---

3) v. Wächter, Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere gemeines deutsches Strafrecht. Leipzig 1844. S. 29. Not. 22.

eine Kritik des frühern und des jetzigen Standpunktes, um den einen oder den andern zu loben oder zu tadeln, angestellt werden. Man wird nicht verkennen, daß ungeachtet des erwähnten Standpunktes und der Grundlage, von welcher die ältere Gesetzgebung ausging, doch theils gar Vieles aufgenommen oder beibehalten war, was mit wahrhaft christlichen Principien schwer zu vereinigen ist, ja mit solchen in entschiedenem Widerspruch steht, theils daß in mancher Hinsicht die Geltendmachung des specifisch Christlichen — nicht im Geiste und in der Wahrheit, sondern in mehr äußerlicher Weise — einen mit dem Rechte nicht zu vereinigenden Charakter der Ausschließlichkeit annahm. Und wiederum wird man die schärfere Trennung zweier verschiedenen Gebiete, die durch den wissenschaftlichen Entwicklungsgang und die principielle Bestimmung, so wie durch die dadurch bedingte Form des Einen und des Andern nothwendig, und, richtig verstanden, zu beiderseitigem Vortheil statt finden mußte, nicht durchaus beklagen und mißbilligen dürfen. Denn die ausdrückliche Bezugnahme auf das Religiöse im Recht verbürgt für sich allein so wenig, daß jenes seinem wesentlichen Inhalte nach den gebührenden Eingang gefunden habe, als der Mangel derselben einen Beweis dafür abzugeben vermag, daß das Recht und die Gesetzgebung von jener Grundlage abgewichen und daß die für berechtigt anzuerkennenden Beziehungen abgeschnitten seyen. Im Gegentheil, seitdem nicht mehr die Kirche ausschließlich — neben dem was ihren eigenthümlichen Inhalt und Gehalt ausmacht, die Trägerin des Geistes, der Wahrheit und der Gesittung ist, seitdem auch der Staat, nachdem er die Stufe strenger Zucht und Bildung durchgegangen, selbst ein Organismus bewußter Sittlichkeit ist, hat er die für das weltliche Reich und Recht anzuerkennenden Ergebnisse des Christenthums aufgenommen, und eignet sich dieselben immer mehr zu,

so daß wir ihn in seinen Einrichtungen und Gesetzen von jenem Geiste und Elementen durchdrungen finden, auch wo darauf nicht überall ausdrücklich hingewiesen wird. Ohnehin müssen hier Kirche und Religion, Christenthum und ein bestimmtes Bekenntniß unterschieden werden. Bei der Schwierigkeit, das gegenseitige Verhältniß von Staat und Kirche gehörig zu bestimmen, bei Conflikten, die zwischen dem Staate und der Kirche, nicht aber mit der wahren Religion hervortreten, ist es wohl am besten für beide, wenn da, wo jedes auf seinem Gebiete seine Freiheit und Recht hat, wo unmittelbare Berührungen nicht vorkommen, solche auch nicht erst herbeigeführt werden, und wenn der Staat seine Aufgabe, ohne Verkennung und ohne Störung des innern Bandes, selbstständig zu lösen sucht. Welche Nachtheile auch im Gebiete der Strafrechtspflege die Verkennung des richtigen Verhältnisses, das Uebergreifen des Staats und der weltlichen Gewalt in das Kirchliche, und eben so dasjenige der Kirche in die staatlichen und bürgerlichen Gebiete, in alter Zeit und bis auf die neueste herbeigeführt hat, das bedarf hier nur der Andeutung. Die Gegenwart scheint mir kaum berufen, die Fragen, die jetzt, und zwar von sehr entgegengesetzten Standpunkten aus, gestellt werden, befriedigend zu lösen, den Anforderungen, die sich mehr oder weniger berechtigt aussprechen, zu genügen; es scheint mir eine Uebergangsperiode zu einer Entwicklung zu seyn, die hoffentlich zum rechten Ziele führt. Bleiben wir dabei stehen, daß, ohne den christlichen Staat in der ausschließlichen Bedeutung zu haben oder zu wünschen, wo dieser so oft mißverstandene Ausdruck so viel Anstoß gegeben und Widerspruch erfahren hat, doch unsere Staaten und Gesetzgebungen die Grundlage und den Zusammenhang, wonach sie christliche heißen, nicht verkennen können, und daß mehr und mehr da, wo eine Beziehung bedingt ist, diese

auch durch übereinstimmend angenommene Grundsätze im Geiste der Wahrheit und des Rechts zur Geltung gelangen werden. Für den Staat aber wird deshalb nicht minder in Anspruch genommen werden dürfen, mehr zu seyn als eine bloße Nothanstalt und die Darstellung des Mangelhaften, gegenüber einer, nur auf der andern Seite liegenden höhern Vollkommenheit, welcher nachzustreben er sich nicht durch Verweisung auf jene enthalten darf. Uns ist der Staat auch mehr als eine bloße Rechtsanstalt, und wir theilen nicht die in den letzten Jahren so oft ausgesprochene Meinung Vieler, daß das letzte erreicht sey, indem wir angeblich aus dem s. g. Polizeistaat in den Rechtsstaat übergegangen seyen — eine Behauptung, die theils ungegründet ist, theils auf eine Verkennung des Wesens des Staats, wie der Polizei und des Rechts beruht, wenn ich gleich nicht bestreiten will, was der richtige Sinn dieser Ausdrucksweise in der nothwendigen Beschränkung ist [1]).

Die Betrachtung des Verhältnisses von Kirche und Staat läßt sich auf sehr verschiedene Theile der Rechtswissenschaft und der Gesetzgebung beziehen; und fast überall wird man finden, daß noch Manches einer genauern und unserer Zeit entsprechendern Bestimmung bedarf — wobei freilich nach der Verschiedenheit der Ausgangspunkte der einzelnen Vertreter der sich hier geltend machenden Interessen eine Uebereinstimmung in Betreff der Anforderungen nicht statt findet. Conflikte — nicht blos in der theoretischen oder auch der legislativen Behandlung, sondern vornehmlich in der Anwendung, sind um so schwerer zu vermeiden, je mehr sie durch den Gegensatz der Principien her-

---

1) Meine Abhandlung in dem Archiv des Crim. Rechts 1850: „Die Strafrechtswissenschaft und die Anforderungen an eine neue Gesetzgebung." S. 59.

beigeführt werden — wodurch der Kampf zuletzt auf ein anderes Gebiet versetzt wird. Und dieser Gegensatz bezieht sich nicht blos auf Kirche und Staat, sondern auch auf das Verhältniß verschiedener Religionsbekenntnisse und der christlichen Confessionen zu einander im Staate, was die Schwierigkeit theils erhöht, theils oft erst herbeiführt. Der Versuch, dieser dadurch zu begegnen, daß der Staat das Religiöse und Kirchliche als völlig außerhalb seiner Sphäre und Aufgabe liegend betrachtet — was besonders in unserer Zeit von Vielen verlangt wird, — ist nicht geeignet zum erwünschten Ziele zu führen, da die zu achtende Gewissensfreiheit und religiöse Ueberzeugung sich nothwendig bis zu den äußersten Consequenzen behauptet, und auch für diese nicht blos Duldung, sondern Anerkennung und Schutz fordert. Allerdings wird bis zu einem gewissen Grade, bei einer richtigen Unterscheidung dessen, was des Staats und der Kirche ist, bei einer gehörigen Grenzbestimmung, so weit solche möglich ist, manche Quelle des Streits verstopft, wenn der Staat lediglich von seinem Standpunkte aus seine Forderungen aufstellt, seine Gesetze erläßt und handhabt, das Uebrige aber dem Gebiete anheimstellt, wo es seine Berechtigung hat; allein vollständig wird dies um so weniger gelingen, je mehr auch der Staat selbst und unmittelbar ein religiöses Interesse hat und wahren muß, überhaupt weder das Religiöse ignoriren und bei Seite setzen darf und kann, noch von seinen Gliedern, oder von sich selbst, — da auch ihm ein Selbstbewußtseyn zugeschrieben werden muß — als Gottverlassener betrachtet werden darf. Indessen ist hier der Ort nicht, diesen wichtigen Gegenstand erschöpfend zu behandeln. Daß Alles dies auch auf das Strafrecht seine volle Anwendung finde und die Gesetzgebung stets beschäftigt habe, ist eben so bekannt, als daß es neben dem weltlichen auch ein kirchliches Strafrecht gegeben hat

und giebt, wobei einerseits eine Grenze überall behauptet, andrerseits häufig genug diese, entweder weil sie überhaupt bestritten war, oder weil ein Streben statt fand, die eigne Macht auf Kosten der des andern Theils auszudehnen, überschritten und danach Uebergriffe wahrgenommen wurden, die Unheil genug gebracht haben. Die frühere Ausdehnung der Strafgewalt der Kirche hatte an sich und in der geschichtlichen Entwickelung eine später ihr nicht mehr zu Statten kommende Rechtfertigung: sie mußte in die Schranken zurücktreten, innerhalb deren ihr auch jetzt ihr Recht zugestanden wird, indem das, was hier einer Berichtigung bedarf, zunächst, obschon doch nicht ausschließlich von ihr ausgehen muß, da sie ihr Recht im Staate ausübt und sich, wo sie dadurch dessen Principien berührt, seiner Aufsicht nicht entziehen kann. Ueber eine *ungebührliche* Ausdehnung der weltlichen Strafgewalt, wo sie lediglich in ihrer Sphäre sich bethätigte und nicht etwa der Kirche solche in der Form des **brachium seculare** lieh, wobei dahin gestellt bleiben mag, wie weit und in welchem Sinn es richtig sey — **ecclesia non sitit sanguinem** — hat man zwar im Allgemeinen weniger geklagt. Im Gegentheil, man hat sich von Seite der Kirche auf ein Recht berufen, diese traurige Hülfe zu fordern, wo man mit rein kirchlichen und disciplinarischen Rügen und Strafmitteln nicht ausreichen zu können glaubte. Aber dennoch durfte man sich, jedenfalls in einer spätern Zeit, über die große Ausdehnung des weltlichen Strafrechts und der Strafrechtspflege auf Handlungen beschweren, die oft nur höchst gezwungen als Verletzungen der Anforderungen dargestellt werden konnten, welche dem öffentlichen weltlichen Strafrechte verfallen. Die neuesten Gesetzgebungen haben den letztern möglichst enge Grenzen gezogen — im Allgemeinen mit Recht, und selbst, wo man einigermaßen zweifeln dürfte, ob nicht in solcher Beschränkung zu weit gegangen sey, wird

dies minder nachtheilig seyn, als die entgegengesetzte Verfahrensweise. Soviel aber ist wohl nicht in Abrede zu stellen, daß der Staat, nach seiner Aufgabe und seinem Verhältniß zur Kirche, die Verletzungen des Religiösen, wo sie eine Seite darbieten, die ihn selbst mittelbar oder unmittelbar berührt, nicht ungerügt lassen darf, wobei es nur darauf ankommt, sich über das Wesen der hier zu ahndenden strafbaren Schuld und über den Grad der Verwirkung gebührende Rechenschaft zu geben. Freilich wieder ein reichlicher Stoff zu Streitfragen, wie denn das, was neuere Gesetzgebungen darüber aufgestellt haben, den Einen zu weit, den Anderen nicht weit genug gegangen erscheint [5]).

§. 1.

Wenn wir versuchen wollten, das gemeine Strafrecht in seinem Verhältnisse zu den religiösen Lehren der Zeit zu betrachten, oder bestimmter nachzuweisen, wie weit einerseits der Einfluß derselben auf die strafrechtliche Behandlung der Verbrechen überhaupt sich geltend gemacht habe, andrerseits, welche mehr oder minder rein kirchliche Verbrechen — vorausgesetzt, daß sie solche überall waren — auch unter den Gesichtspunkt weltlicher Strafbarkeit gezogen worden sind, und wie insbesondere solche Handlungen, die eine religionswidrige Richtung haben, aber ihrer Natur und ihren Folgen nach auch im Staate gerügt worden, so könnte so wenig eine Beschränkung auf das geschriebene Recht der P. G. O. Carls V. zum Ziele führen, als es überhaupt gelingen würde, aus dieser allein ein vollständiges System des in Deutschland geltenden Strafrechts abzuleiten. Jenes Rechtsbuch macht ja selbst nicht An-

---

5) Meine kritischen Betrachtungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten vom J. 1843. S. 53 fg. 320 fg. 329 fg. 549 fg.

spruch, als ein vollständiges und erschöpfendes Gesetzbuch zu gelten und weiset überall auf die ergänzenden Quellen und Hülfsrechte, und nicht minder auf gute löbliche Gewohnheiten, Herkommen und Gebrauch zurück[6]). Darüber hat man in der Anwendung nicht gezweifelt und die Theorie hat dies stets anerkannt, bestätigt und auf dieser Grundlage an der zeitgemäßen Fortbildung mitgearbeitet. Auch hat diese und mit ihr die Praxis dem neuern Berechtigten den Eingang, nicht ohne Widerspruch, oft gegen das ausdrückliche Gesetz vorbereitet und verschafft, um so leichter folglich da, wo nicht das Gesetz im wörtlichen Sinn, sondern der frühere Gebrauch, den die Zeitansicht bestimmte, entgegenstand, und gegen welchen auf Grund einer jetzt für berechtigt erachteten veränderten Auffassung das Neue mit derogirender Wirkung auftrat. Auch hierüber ist *viel verhandelt* worden [7]).

Allein, wenn gleich die Carolina nicht, wie neuere umfassende Gesetzgebungen, die Bestimmung hatte, an die Stelle des frühern, durch sie selbst außer Kraft zu setzenden Rechts zu treten, so daß sie ausschließend *gelten* sollte, — wie denn schon, anderer innerer und äußerer Gründe nicht zu gedenken, die salvatorische Clausel dem entgegenstände — so dürfen wir sie doch für den Zweck unserer

---

6) Damit steht nicht in Widerspruch, daß in einzelnen Punkten allgemein verbindliche neue Bestimmungen aufgestellt und anerkannte Mißbräuche abgeschafft werden; vgl. Wächter, gemeines Recht, insbesondere gemeines deutsches Strafrecht S. 30 fg.

7) S. unter andern Heffter Lehrbuch des gemeinen deutschen Crim. Rechts §. 14 fg.; Feuerbach's Lehrbuch §. 5. (Anmerk. v. Mittermaier zur 14. Ausg.); mein Lehrbuch §. 15 fg.; Roßhirt, Geschichte und System des deutschen Strafrechts, Band I. S. 331 fg. und besonders v. Wächter a. a. O. S. 19 fg., der hier Manches berichtigt und dem Werk mit Recht größere Bedeutung beilegt, als nur ein Volkskatechismus zu seyn. Marezoll, das gemeine deutsche Crim. R. §. 9 fg.

Abhandlung als ein in sich geschlossenes Ganzes betrachten und die Frage zur Beantwortung vorlegen, wie sie das Verhältniß zur Religion, insbesondere der christlichen, aufgefaßt habe?

Ein wissenschaftliches Interesse für die Geschichte der P. G. O. bietet dieser Gegenstand gewiß, wenn auch eine Untersuchung über denselben für die praktischen Ergebnisse mit Rücksicht auf die Ansichten und Bedürfnisse unsrer Zeit von Manchen theils deshalb für entbehrlich ausgegeben werden dürfte, weil wir, selbst die Anwendbarkeit der P. G. O. überall in dem frühern Umfange vorausgesetzt, doch längst, und grade in den hier zu besprechenden Lehren von andern Grundsätzen ausgehen, theils und vornehmlich, weil bei der großen Zahl neuerer deutscher Strafgesetzgebungen von einer praktischen Geltung der P. G. O. kaum mehr und jedenfalls nur in engster Beschränkung die Rede seyn könne. Es mag dieses dahingestellt bleiben: die Theilnahme an den Fortschritten der Gesetzgebung, an den Bestrebungen dieselbe mit den Forderungen unserer Zeit und mit den neuern Gestaltungen in dem Staatsrechte, der Politik, in Uebereinstimmung zu setzen, hat uns niemals abgehalten, den Werth jenes oft verkannten Werkes und die Verdienste seines Verfassers [8]) hervorzuheben. So wird es keiner Entschuldigung bedürfen, wenn wir dasselbe nach einer weniger beachteten Seite einer nähern Betrachtung unterwerfen, deren etwanige Unvollständigkeit nicht der Sache selbst zur Last gelegt werden möge.

---

8) Ist dieses auch nicht ein Einzelner, und insbesondere, selbst von der Bamberger H. G. O. abgesehen, bei der doch auch noch einige Zweifel obwalten, nicht lediglich Schwarzenberg, welcher vor der Schlußredaktion der P. G. O. gestorben war, so darf und muß doch dieser vorzugsweise genannt werden. Vgl. E. Herrmann, Johann Freiherr zu Schwarzenberg. Ein Beitrag zur Geschichte des Criminalrechts und der Gründung der protestantischen Kirche. Leipzig 1841. S. 23 fg. 31 fg.

Eine Frage, auf die wir zuerst eingehen müssen, bevor wir einzelne Bestimmungen der P. G. O. betrachten, ist die, welchen Einfluß Schwarzenberg's Stellung zu der Kirchenreformation, und diese selbst auf jenes Gesetzeswerk gehabt habe? Daß jener so vielfach hochverdiente Mann der neuen, damals beginnenden geistigen Richtung und der Gestaltung der Kirche — wobei anfangs an eine Trennung gar nicht gedacht wurde — seine lebhafteste Theilnahme zugewendet, und sich für die Sache der Reformation erklärt, auch für dieselbe und deren Anhänger seine Thätigkeit bewiesen habe, ist bekannt[9]). Nicht minder daß seine Theilnahme an der neuen geistigen Bewegung, so wenig als diese selbst, allein stand, sondern sich nothwendig nach verschiedenen Richtungen hin wirksam erzeigen mußte, wovon die Geschichte der Zeit, insbesondere der Literatur in fast allen Zweigen, auch in den Jahren zunächst vor der Reformation, und das, was uns von dem Leben Schwarzenberg's und seiner wissenschaftlichen Thätigkeit nach den bis jetzt zugänglich gewesen Quellen mitgetheilt worden, Zeugniß geben[10]). Es muß daher jenes Mannes Bedeutung, geistige freie Anschauung der Dinge,

---

9) S. Malblank, Geschichte der P. G. O. Kaiser Karls V. S. 120 fg. und die Nachweisungen daselbst; Roßhirt im neuen Archiv des Crim. R. Band IX. S. 235; Zöpfl in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, Band I. S. 137; Ranke, deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation, Band II. S. 54.; E. Herrmann, „Johann Freiherr zu Schwarzenberg. Ein Beitrag zur Geschichte des Criminalrechts und der Gründung der protestantischen Kirche. Leipzig 1841." S. oben Note 8; und mein zur Jubelfeier der Universität zu Erlangen geschriebenes Programm: „Symbolae ad historiam juris criminalis literariam inprimis Academiae Friderico-Alexandrinae spectantes. Vratislaviae MDCCCXLIII." P. 3. Not. 5.

10) Malblank a. a. O. S. 119; Roßhirt a. a. O. S. 230; Zöpfl, das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina. Heidelberg 1839.

Humanität und Gerechtigkeit, wie solche auch in der Bamberger Halsgerichtsordnung und in der Carolina erkennbar sind, hoch genug angeschlagen werden, wenn uns auch über seinen besondern Antheil an der Abfassung der letztern die nähern Nachrichten fehlen. Dagegen darf nicht zu viel Gewicht darauf gelegt werden, daß Schwarzenberg förmlich zu der ohnehin erst in der Bildung begriffenen neuen Kirche übergegangen sey, wenn er in seiner Theilnahme an den Bewegungen der Zeit, der neuen Lehre und deren Begründern und Vertheidigern, insbesondere D. Martin Luther zugethan war [11]). Denn die unzweifelhaft von Schwarzenberg redigirte Bamberger Halsgerichtsordnung, wenn auch darüber, wie weit diese als dessen alleiniges Werk zu betrachten sey, etwas Bestimmtes nicht vorliegt, ist in der ersten Ausgabe im Jahre 1507 erschienen [11 b]), also 10 Jahre später als die Thesen von Luther zu Wittenberg aufgestellt wurden. Auch die mit jener — abgesehen von den wenigen formellen Abweichungen — wörtlich übereinstimmende Brandenburgensis, deren erste Ausgabe vom Jahre 1516 ist, fällt vor jene Periode, und es darf also nicht angenommen werden, daß der schon vorher erfolgte Uebertritt Schwarzenberg's in Brandenburgische Dienste, welcher unter fünf Bischöfen von Bamberg und Einem von Würzburg die Stelle eines (Land-) Hofmeisters bekleidet hatte [12]) und der wahrscheinlich bis zum Tode des Bischofs Georg von Bamberg in seiner Stellung geblieben war [13]), die Folge eines Religionswechsels

---

11) Hagen, Deutschlands literarische und religiöse Verhältnisse im Zeitalter der Reformation. 3 Bände. Erlangen 1843.

11 b) Eine Zusammenstellung aller Ausgaben der Bambergensis findet sich in der angef. Abhandlung Roßhirt's S. 244. 245. Dazu kommen die seitdem besorgten Ausgaben von Schmid und Zöpfl.

12) Malblank a. a. O. S. 119.

13) Roßhirt a. a. O. S. 237.

gewesen sey [14]), wovon damals noch gar nicht die Rede seyn konnte, wie denn auch, was sich hierauf beziehen ließe, erst in das Jahr 1524 fällt [15]), während die Uebergabe des Augsburger Bekenntnisses, mit welcher in der Kirchengeschichte ein Abschnitt bezeichnet werden muß, bekanntlich im J. 1530 also zwei Jahre nach Schwarzenberg's Ableben erfolgte [16]).

Dürfte man jenem, übrigens für die Geschichte der Verbreitung der neuen Lehre wichtigen Umstande jene Bedeutung beilegen, so müßte der nothwendige Entwicklungsgang doch wohl der seyn, daß in den beiden frühern der Reformation vorausgegangenen Werken sich ein überwiegender Einfluß des religiösen Elements im Sinne der katholischen Kirche fände, welcher dann in der erst 1532 zu Stande gekommenen Carolina [17]), bei deren ersten Berathung, nach dem Projekt von 1521, Schwarzenberg noch mit thätig war, nicht mehr sichtbar und vielmehr ein entgegengesetzter eingetreten wäre. So ist es aber nicht. Zwar wird erst die weitere Betrachtung des Inhalts der P. G. O. nach der Aufgabe, die ich mir hier gestellt habe, darauf führen; doch will ich schon jetzt bemerken, was Malblank (a. a. O. S. 207) sagt, obschon es auch nicht unbedingt unter-

---

14) In den „Vorlesungen über das gemeine in Deutschland gültige peinliche Recht, — zum Selbststudium für jeden Staatsbürger allgemein verständlich bearbeitet von Anton Barth, Augsburg 1844" heißt es S. 5: „gewiß ist — daß das neue Gesetzbuch die Arbeit des Freiherrn Johann von Schwarzenberg, früher bambergischer, dann, nach seinem Uebertritte zur protestantischen Religion, brandenburgischer Minister — welcher — im J. 1528 starb, zu Grunde lag." Das ist mindestens eine ungenaue Darstellung. S. über das Ganze mein ang. Programm S. 3fg. und daselbst weitere Nachweisungen.

15) Malblank a. a. O. S. 120.

16) Zöpfl, in d. Zeitschrift f. deutsches Strafverfahren a. a. O. S. 137.

17) S. unten zu dem Art. 131 der Bamb. H. G. O. und Art. 109 der C. C. C.

schrieben werden kann: „Hie und da finden sich in der Bamb. Constitution Spuren der freiern Denkungsart Schwarzenberg's und seiner heimlichen Abneigung gegen die Geistlichkeit und das alte Religions-System, welche hernach in der Carolina zum Theil ausgemerzt worden sind"[18]). Bei den höchst mangelhaften Nachrichten, die wir über die vielen Verhandlungen auf verschiedenen Reichstagen, wegen der Abfassung des Strafrechtsbuches, besitzen, läßt sich schwer bestimmen, wie groß der Einfluß der beginnenden Reformation gewesen sey, wenn überhaupt ein solcher statt fand. So viel aber darf man annehmen, daß in einer Zeit, wo man noch immer, wie lange nachher, die Hoffnung nährte, die Religionsstreitigkeiten gütlich auszutragen und die Spaltung zu vermeiden [19]), jedenfalls ein Uebergewicht den evangelischen Grundsätzen nicht eingeräumt wurde, sowie auch damals ein solches politisch sich nicht geltend macht: eher mag man glauben, daß man, sofern es überhaupt auf confessionelle Unterschiede in diesem Theil der Gesetzgebung ankam, sich in solchen Grenzen des allgemein Christlichen gehalten habe, welche jener Hoffnung und dem Zustandekommen des Werkes, dem die Particula-

---

18) Er führt den Art. 130 der Bamb. an, welcher in der C. C. C. weggelassen worden, „weil vermuthlich die Geistlichkeit allerlei Bedenklichkeiten gehabt, und eine Usurpation von dem weltlichen Gerichte besorgte", und setzt in der Note a hinzu: „Andere glauben, daß dieser Artikel wegen der gährenden Reformation ausgelassen worden. Da aber selbst Protestantische Rechtsgelehrte nachher in Bestrafung der Ketzerei noch sehr strenge Grundsätze aufstellten, so kommt mir meine obige Meinung wahrscheinlicher vor."

19) Weniger nachsichtig war Carl V. wo er solche Rücksicht nicht zu nehmen hatte, wie er denn für die Niederlande blutige Gesetze gegen die Anhänger der neuen Lehre erließ; vgl. Correspondance de Philippe II. sur les affaires des Pays-Bas, publiée d'après les originaux conservés dans les archives royales de Simances. Par M. Gachard. Tom. I. II. Bruxelles 1850. S. Gött. Gel. Anz. 1851. St. 113. S. 1123.

gewesen sey [14]), wovon damals noch gar nicht die Rede seyn konnte, wie denn auch, was sich hierauf beziehen ließe, erst in das Jahr 1524 fällt [15]), während die Uebergabe des Augsburger Bekenntnisses, mit welcher in der Kirchengeschichte ein Abschnitt bezeichnet werden muß, bekanntlich im J. 1530 also zwei Jahre nach Schwarzenberg's Ableben erfolgte [16]).

Dürfte man jenem, übrigens für die Geschichte der Verbreitung der neuen Lehre wichtigen Umstande jene Bedeutung beilegen, so müßte der nothwendige Entwicklungsgang doch wohl der seyn, daß in den beiden frühern der Reformation vorausgegangenen Werken sich ein überwiegender Einfluß des religiösen Elements im Sinne der katholischen Kirche fände, welcher dann in der erst 1532 zu Stande gekommenen Carolina [17]), bei deren ersten Berathung, nach dem Projekt von 1521, Schwarzenberg noch mit thätig war, nicht mehr sichtbar und vielmehr ein entgegengesetzter eingetreten wäre. So ist es aber nicht. Zwar wird erst die weitere Betrachtung des Inhalts der P. G. O. nach der Aufgabe, die ich mir hier gestellt habe, darauf führen; doch will ich schon jetzt bemerken, was Malblank (a. a. O. S. 207) sagt, obschon es auch nicht unbedingt unter-

---

14) In den „Vorlesungen über das gemeine in Deutschland gültige peinliche Recht, — zum Selbststudium für jeden Staatsbürger allgemein verständlich bearbeitet von Anton Barth, Augsburg 1844" heißt es S. 5: „gewiß ist — daß das neue Gesetzbuch die Arbeit des Freiherrn Johann von Schwarzenberg, früher bambergischer, dann, nach seinem Uebertritte zur protestantischen Religion, brandenburgischer Minister — welcher — im J. 1528 starb, zu Grunde lag." Das ist mindestens eine ungenaue Darstellung. S. über das Ganze mein ang. Programm S. 3fg. und daselbst weitere Nachweisungen.

15) Malblank a. a. O. S. 120.

16) Zöpfl, in d. Zeitschrift f. deutsches Strafverfahren a. a. O. S. 137.

17) S. unten zu dem Art. 131 der Bamb. H. G. O. und Art. 109 der C. C. C.

Ganzen nur wenige Spuren des Einflusses der Kirchentrennung, obschon manche Artikel der C. C. C. z. B. der über den Kirchendiebstahl weggelassen sind, wogegen in andern protestantischen Ländern auch viel später die C. C. C. fast unverändert in Geltung blieb und publicirt wurde, indem es der Praxis überlassen war, den neuern Grundsätzen, die eine Berechtigung hatten oder denen man eine solche beilegte, die Anwendbarkeit zu verschaffen — bekanntlich nicht ohne mannigfachen Widerspruch und zwar von andrer Seite und aus andern Gründen als denen, die mit den hier besprochenen Gegenstande in Verbindung stehen. Wir sind daher auf die Prüfung der einzelnen Bestimmungen der betreffenden Rechtsbücher hingewiesen, deren Ergebniß wir schon vorläufig dahin bezeichnen können, daß von einem entschiedenen und überall durchgreifenden Einfluß der confessionellen Standpunkte in der P. G. O. insbesondere nicht die Rede sey [22]), vielmehr wenn man nicht etwa

---

S. 142. Not. 3. Alsbald nach Erscheinen der Carolina erließ Landgraf Philipp der Großmüthige eine besondere „Hessische Hals-Gerichtsordnung", die zum erstenmale im Jahre 1535 gedruckt wurde. — Sie enthält fast wörtlich das Prozessualische der Carolina und einige Verbrechen, thut aber mit keinem Worte der Carolina Meldung, was sich durch das Verhältniß, in welchem der Landgraf sich zu Carl V. befand, erklären läßt. Wie lange sie im Hessen-Darmstädtischen galt, ja sogar ob, kann nicht mit Bestimmtheit gesagt werden. Die Prozeßordnung von 1726 erwähnt ihrer nicht, während die Hessen-Casselsche Peinliche G. O. von 1748 S. 19 und 49 ausdrücklich auf sie verwiesen hat. Ihre wenigen Abweichungen von Carls V. P. G. O. sind durch die Art und Weise nicht ohne Interesse."

22) So werden z. B. die Sächsischen Protestationen auf dem Reichstag v. Jahre 1530, wobei man aus nahe liegenden Gründen an die Reformation denken könnte, nur in Betreff des Sachsenrechts aufgestellt. — „Aber wegen unsere Herrn zu Sachsen ist für gewandt, daß Ihren Chur- und Fürstlichen Gnaden mit gelegen seyn wolt, sich in die gestalte Ordnung einzulassen, und zuvörderst in die Artikeln, die sich nicht mit den Sächs. Rechten vergleichen, die weil darinnen ein ander Recht — beschrieben und von den vorigen Kaysern pri-

einige minder bedeutende Abweichungen in der Fassung einzelner Sätze der Carolina von derjenigen der Bamberger H. G. O. hierauf zu beziehen befugt seyn sollte, es lediglich der Landesgesetzgebung überlassen war, das Erforderliche anzuordnen; die P. G. O. steht mit den beiden uns erhaltenen Projekten[23]) und in ihrem Verhältniß zur Bamberger und Brandenburger H. G. O. vollständig auf der früher ausschließlich angenommenen Grundlage. Wohl aber behauptet sich in derselben nicht nur ein religiöses Element im Allgemeinen, sondern, wie erklärlich das christliche, wie es ungeachtet der mehr hervortretenden Form der katholischen Auffassung als ein gemeinsames, wenigstens im Gan-

vilegirt — darum von nöthen seyn wolt, daß es im Eingang verwahrt würde, damit sächsischen Rechten in sonderlich ausgedrückten Fällen, durch die gemeine Reichs-Ordnung nichts würde genommen, dieweil der Sachsenspiegel auch in etzlichen Fällen Vorsehung thet, als nehmlich von der Gewehr, Wehrgeld und Buß, davon in der R. Ordnung keine Erwähnung besahen." Kress Commentatio succincta in C. C. C. Praef. §. XXI. und „Belangend die Protestationes wider die P. H. O., so stehet auf dem ersten Blate der Akten A. 1530: „„Von wegen der Chur- und Fürsten zu Sachsen ist protestirt worden, in diese Ordnung nicht anders zu geheelen, als daß sie den Sächsischen Rechten an den Enden, wo etwas in peinlichen Fällen anders statuirt, unentbrüchlich sey,"" ist verschoben biß uff den nechsten Reichstag." Kress a. a. O. §. XXII. Man könnte daran denken, daß der von dem erwähnten Grunde ausgegangene Protest ein Vorwand gewesen sey, hinter welchen sich ein anderer wichtigerer Grund verborgen habe. Aber gerade dies, daß man diesen nicht mehr mit Nachdruck hervorhob, würde für obige Ansicht sprechen. Vgl. auch v. Wächter a. a. O. S. 30. Not. 23. Ein Protest gegen das ganze Werk war unzulässig und nicht beabsichtigt.

23) Vgl. „die P. G. O. Kaiser Karl's V. nebst der Bamberger und der Brandenburger H. G. O. sämmtlich nach den ältesten Drucken und mit den Projekten der P. G. O. Kaiser Karls V. von den Jahren 1521 und 1529, beide zum erstenmale vollständig nach Handschriften herausgegeben von Dr. Heinrich Zöpfl." Heidelberg 1842. In dem Folgenden ist überall nach dieser Ausgabe citirt.

zen und für den Zweck der Rechtspflege nach der Zeitansicht gültiges anerkannt werden konnte.

Dies soll nun in dem Folgenden nachgewiesen werden, ohne daß wir in eine nähere Kritik von dem heutigen Standpunkte aus des Verhältnisses von Religion und Recht, Kirche und Staat, Philosophie und Jurisprudenz weiter als unbedingt nöthig zur Beantwortung unserer Frage ist, eingehen werden.

§. 2.

Von der allgemeinen Auffassung der Strafgewalt christlicher Fürsten haben wir bereits gesprochen. Was wir bei Gelegenheit der Verhandlungen über ein zu entwerfendes Reichsgesetz hierüber finden, ist nicht abweichend von den frühern und spätern Erklärungen, doch wird es am Ort seyn, hier einiges Nähere anzugeben. So heißt es in dem „Rathschlag kleinern und größern Ausschusses von den Reichsständen auf dem Reichstag zu Worms anno 1521 **Trium Regum** die H. G. O. betreffend." — „„ist dem allen nach durch Churfürsten und andere Stände für große Nothdurfft bedacht, daß Kayserliche Majestät auf jetzigen Reichstag Gott dem Allmächtigen zu Lob und gemeinen Nutzen Willens solcher peinlichen Gerichte halber gute Ordnung und Maß ordnen und setzen"" [24]). Und in der Vorrede zu den Projekt v. Jahre 1529: „unnd wie wol wir dan vonn hoe' unsers kay: ambt und standes wegenn, vor got unnd der welt, zum hochsten schuldig und geneigt seint, nutzlichen vleis und einsehenns zu haben, damit Im heiligen Romischen Reich alle gericht und Recht wol geordnet unnd gehaltenn werden —" [25]). Und, nachdem endlich

24) Kress a. a. O. §. XVI.

25) Ausgabe von Zöpfl S. 112. 113. Kress a. a. O. §. XVII. Auch die Vorrede zu der Bamberger und Brandenburger H. G. O.

einige minder bedeutende Abweichungen in der Fassung einzelner Sätze der Carolina von derjenigen der Bamberger H. G. O. hierauf zu beziehen befugt seyn sollte, es lediglich der Landesgesetzgebung überlassen war, das Erforderliche anzuordnen; die P. G. O. steht mit den beiden uns erhaltenen Projekten [23]) und in ihrem Verhältniß zur Bamberger und Brandenburger H. G. O. vollständig auf der früher ausschließlich angenommenen Grundlage. Wohl aber behauptet sich in derselben nicht nur ein religiöses Element im Allgemeinen, sondern, wie erklärlich das christliche, wie es ungeachtet der mehr hervortretenden Form der katholischen Auffassung als ein gemeinsames, wenigstens im Gan-

---

vilegirt — darum von nöthen seyn wolt, daß es im Eingang verwahrt würde, damit sächsischen Rechten in sonderlich ausgedrückten Fällen, durch die gemeine Reichs-Ordnung nichts würde genommen, dieweil der Sachsenspiegel auch in etzlichen Fällen Vorsehung thet, als nehmlich von der Gewehr, Wehrgeld und Buß, davon in der R. Ordnung keine Erwähnung besahen." Kress Commentatio succincta in C. C. C. Praef. §. XXI. und „Belangend die Protestationes wider die P. H. O., so stehet auf dem ersten Blate der Akten A. 1530: „„Von wegen der Chur- und Fürsten zu Sachsen ist protestirt worden, in diese Ordnung nicht anders zu geheelen, als daß sie den Sächsischen Rechten an den Enden, wo etwas in peinlichen Fällen anders statuirt, unentbrüchlich sey,"" ist verschoben biß uff den nechsten Reichstag." Kress a. a. O. §. XXII. Man könnte daran denken, daß der von dem erwähnten Grunde ausgegangene Protest ein Vorwand gewesen sey, hinter welchen sich ein anderer wichtigerer Grund verborgen habe. Aber gerade dies, daß man diesen nicht mehr mit Nachdruck hervorhob, würde für obige Ansicht sprechen. Vgl. auch v. Wächter a. a. O. S. 30. Not. 23. Ein Protest gegen das ganze Werk war unzulässig und nicht beabsichtigt.

23) Vgl. „die P. G. O. Kaiser Karl's V. nebst der Bamberger und der Brandenburger H. G. O. sämmtlich nach den ältesten Drucken und mit den Projekten der P. G. O. Kaiser Karls V. von den Jahren 1521 und 1529, beide zum erstenmale vollständig nach Handschriften herausgegeben von Dr. Heinrich Zöpfl." Heidelberg 1842. In dem Folgenden ist überall nach dieser Ausgabe citirt.

„Rathschlag der kaiserlichen Räthe das K. G. betreffend" bemerkt: „Item so deglichs wider Fürsten der Reichsstett und ander Obrigkeit In clagsweiß anbracht wurdet, wj sie dj Leut on Recht, oder Redlich versache, vom leben zum tod verurteylen und richten lassen — darumb ist für ganz nodturfftig, nutz und gut angesehen, das solche Reformation Und ordnung uff diesem Reichs Tag beschlossen und Im heiligen Reich allenthalben publicirt verkunt und bei großen pönen zu halten geboten, damit das cristlich plut mit unmenschlicher marter und peynigung nit also unschuldiglich vergossen —" [28]). Beides wird dann auch zusammengestellt, in dem schon erwähnten Rathschlag v. J. 1521: „Nachdem auf etlichen vorgehenden Reichstagen stattlich bedacht und befunden worden ist, wie im Heil. Römischen Reich teutscher Nation an den peinlichen Gerichten großer Mißbrauch beschehe, deshalb offter mals unschuldige Leut wider Recht und Billigkeit um ihre Leib Leben, und Gesundheit und zeitliche Nahrung kämen, auch etwa die schuldigen Uebelthäter ungestraft bleiben" [29]).

---

28) Harpprecht a. a. O. Beil. N. 244. p. 397. Malblank a. a. O. S. 180. Ich benutze diese Gelegenheit, aus den mitgetheilten Stellen noch eine Notiz aufzunehmen, die zur Vervollständigung dessen dient, was ich in diesem Archiv 1835. S. 23, in Betreff der frühern Streitfrage über die Appellation in Criminalsachen und über die Projekte der C. C. C. und diese selbst ausgeführt habe. Es heißt dort weiter: „on Recht und redliche ursach, on eroffnet Irer Verhandlungen Auch on genugsam verleymung, und über das dj. selben beschuldigte Jhren ursprung von Erbern fromm leuten haben, vom leben zum tod pracht, dyweil doch In solchen peinlichen handl wie In bürgerlichen sachen, kein appellation will zugelassen werden, und das in allweg in solcher ordnung fürsehen, welcher dieselben überfahren und nit halten würden, alsdann der kays. fiscal wider denselben auf sein verschulden, an kayserlichen Cammergericht mit Recht procediren solle."

29) Kreß a. a. O. §. XVI. Malblank a. a. O. S. 181. S. Note 28.

das Werk zu Stande gekommen, heißt es in dem Reichsabschied vom J. 1532. Tit. IV.: „Demnach haben Wir, auch Churfürsten, Fürsten und Ständen nach ferner Berathschlagung und Bewegung der Sachen Gott dem Allmächtigen zur Ehr und Lob, auch zur Förderung gemeinen Nutzens für Gut und Nutz angesehen, daß gedachte H. G. O. in Druck gegeben und in das Reich publicirt und verkündt werde, damit alle und jede Unser des Heil. Reichs Unterthanen sich hinfürder in peinlichen Sachen, in Bedenken der Größ und Gefährlichkeit derselben, jetzt angezeigter Ordnung den gemeinen Rechten, Billigkeit und hergebrachten Gebräuchen gemäß, halten mögen, wie ein jeglicher ohne zweifel für sich selbst zu thun geneigt und deshalben von den Allmächtigen Belohnung zu empfangen verhoft" [26]).

Die Uebelstände, auf deren Beseitigung durch Abfassung eines Reichsgesetzes wiederholt gedrungen wurde, waren aber, anderer nicht zu gedenken, theils der Mißbrauch der Strafgewalt, theils die Unthätigkeit derselben. Es wurde eben so über die Beeinträchtigung Unschuldiger als über die Straflosigkeit der Schuldigen geklagt. Wenn die Forderung dahin ging, „daß übel missethaten frevel, todtschlag, verleumung und dergleichen nit so leichtlich hingelassen, sondern bei einer yeden Obrigkeit und gebiet dapfer und ernstliche straff, wie sich dan gepürt und Recht were darin fürgenomen" [27]), worauf sich die eben angeführten Aeußerungen beziehen, so wird nicht minder in jenem Sinn, auf dem Reichstage vom J. 1518 in dem

26) Sammlung der Reichsabschiede P. II. S. 360. Malblank a. a. O. S. 189. S. auch die „Vorrede des peinlichen Halsgerichts" bei Zöpfl S. 214, welche die letzteren Sätze, doch in theilweise veränderter Fassung enthält.

27) Harpprecht im Staatsarchiv P. III. Beil. N. 243. p. 380. Malblank a. a. O. S. 178.

in vielen Fällen, wo die P. G. O. eine ausdrückliche Strafbestimmung nicht enthält und nur im Allgemeinen auf die Hülfsrechte Bezug nimmt, die Absicht nicht dahin ging, grade jene strengste Gesetzgebung zu bestätigen, sondern vielmehr, da sie überall auf den Rath der Rechtsverständigen verwiesen wird, der weitern zeitgemäßen Ausbildung des Strafrechts Raum zu gestatten [33]). Nur darf man nicht übersehen, daß die schweren Strafen, insbesondre in den Fällen, wo man auf das Mosaische Recht zurückging [34]), zum Theil schon in der spätern römischen Gesetzgebung, auf jener Grundlage, angedroht sind, und daß

---

der nach dem Zeugniß von Oldenburger Thes. rer. publ. P. IV. p. 816 auf 20000 Missethäter zum Tode verurtheilt haben soll — was jedoch Malblank, und wohl mit Grund, in Zweifel zieht, — sagt derselbe a. a. O. S. 223: „Sein irriger Wahn von der allgemeinen politischen Verbindlichkeit verschiedner mosaischer Gesetze, seine falschen Begriffe von manchen Stellen der heiligen Schrift, verbunden mit der Anhänglichkeit an die aus gleichen Quellen geflossenen Sächsischen Constitutionen, bewogen ihn bei manchen Verbrechen weit strengere Grundsätze, als die italienischen Criminalisten aufzustellen. Nach seinen Vorurtheilen war er ein eifriger Vertheidiger der Todesstrafe bei dem Ehebruch, der Bigamie, Blutschande in grader Linie, der Sodomie, Blasphemie, Ketzerei rc."

33) Von Carpzow, sagt Malblank a. a. O. S. 223 unmittelbar von der eben mitgetheilten Stelle: „Er versäumte die schickliche Gelegenheit zur Aufstellung und Verbreitung gelinderer Grundsätze in den meisten Fällen, worin die P. G. O. entweder durch Unterlassung einer ausdrücklichen Strafbestimmung oder durch simple Beziehung aufs fremde Recht den Weg bahnen wollte, weil man damals nähere und vom römischen Rechte abweichende Bestimmungen noch nicht wagen durfte."

34) Eine solche Beziehung spricht sich z. B. aus in einer in Württemberg ergangenen Verordnung von 1586 „Wegen Abstrafung der — Verbrechen wider das sechste Gebot, daß solche deshalb gegeben werde, damit die Gerichte wo dergleichen Mißhändler vor ihnen rechtlich angeklagt würden, zu schleuniger Erkenntniß eine gewisse Regel haben mögen, wie und wonach sie in jedem begegnenden Fall urtheilen und erkennen sollen." Malblank a. a. O. S. 216.

die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmungen des Mosaischen Rechts auch in der Folgezeit von Theologen und Rechtsgelehrten protestantischen Bekenntnisses mit nicht geringerm Eifer behauptet und vertheidigt wurde, wie von den Vorgängern, zu einer Zeit, wo von einer Religionstrennung noch nicht die Rede war, und der Einfluß der Grundsätze, von denen man glaubte, das Christenthum fordere ihre Anwendung auch in weltlichen Gerichten, sich als ein unmittelbarer und ungetheilter geltend machte. Das Vermittelnde war auch, wenigstens für die allgemeinen Grundsätze und die Würdigung der Strafbarkeit, das Canonische Recht, von dem wir bereits, was jetzt auch übereinstimmend angenommen wird, erinnert haben, daß nach den zur Zeit der Abfassung der Bambergensis und der P. G. O. herrschenden Ansichten nicht die Meinung seyn konnte, dasselbe als unverbindlich auszuschließen, und daß dieses jedenfalls nicht die Meinung der Praktiker war, durch welche erst auf Grund der einer Vervollständigung für die besondern Fälle bedürfenden allgemeinen Anordnungen der P. G. O., sich allmählig ein umfassendes System des gemeinen Strafrechts bildete. Dem steht auch nicht entgegen, daß das Canonische Recht als solches nicht s. g. weltliche oder bürgerliche, sondern nur kirchliche Strafen und Strafmittel aufstellt.

Betrachten wir nun die einzelnen Artikel der P. G. O. in Vergleichung mit ihren Vorgängern, in welchen eine religiöse Beziehung ausgedrückt, oder angedeutet ist. Wir folgen dabei der Ordnung des Rechtsbuches.

§. 3.

Die C.C.C. bestimmt in Art. 1: „daß alle peinlich gericht mit Richtern, urtheylern und gerichtsschreibern ver-

sehen und besetzt werden sollen, von Frommen, erbarn verstendigen und erfaren personen"[35]). Obgleich dieß eine allgemeine und jetzt noch geltende Voraussetzung ist, wonach zum Richteramte außer den Erfordernissen, die wir jetzt als theoretische und praktische Bildung bezeichnen, auch Würdigkeit und Ehrenhaftigkeit des Verhaltens verlangt werden, die gewiß eine Frucht wahrer Frömmigkeit sind, aber nicht umgekehrt solche verbürgen, über welche freilich eine Untersuchung eben so wenig sicher, als sie meist bedenklich ist, angestellt werden kann[36]), so ist es doch wohl nicht ohne besondre Absicht geschehen, vielmehr in Rücksicht auf die bereits erwähnten Mißbräuche und Uebelstände für nöthig gehalten worden, jene Eigenschaften mit besondrem Nachdruck hervorzuheben, während die Bamberger und Brandenburger H. G. O. Art. 3 nur sagen: „mit tügenlichen Richtern und urtheylern — versehen" und eben so das erste Projekt v. J. 1521. Art. 1, während das zweite v. J. 1529 sogar nur verlangt: „daß alle peinliche gericht mit Richtern, urteilern — versehen und besetzt seyn sollen", in dem man durch den etwas modificirten Nachsatz „von edleren, unedleren, auch gelerttenn, Sover die zu bekommen oder sonst andern so tüglichst und best dieselben nach gelegenheit jedes orths bekommen und gehabt werden mögen" nicht minder gesagt zu haben vermeinen durfte, als jene frühern, die hier einen Pleonasmus enthalten.

§. 4.

Von größerer Bedeutung scheint mir das zu seyn, was in Betreff der Eidesformel der verschiedenen bei

---

35) Vgl. das Kayserrecht, nach der Handschrift von 1372 herausgegeben von Endemann. Cassel 1846. Buch I. Cap. 6.

36) Weshalb wohl die P. G. O. und die Vorgänger hinzusetzen: „so tugendlichst und best dieselben nach Gelegenheit jedes orts gehabt und zu bekommen sein."

den Gerichten vorkommenden Personen sich findet. Daß ein solcher Eid hiernach überhaupt nur von Christen abgelegt werden könne, soll nur im Vorübergehen mit Rücksicht darauf bemerkt werden, daß man von der Möglichkeit anderen als Bekennern der christlichen Lehre, ein Richteramt zu übergeben, nach der damaligen Auffassung der Rechtspflege und ihres Zusammenhangs mit den Grundlagen des Staats- und Gemeinwesens gar keine Vorstellung hatte. Die Eidesformel des Richters schließt in der Bamberger und Brandenburger H. G. O. Art. 5 mit den Worten: „also Bit mir got zu helffen und die heiligen", des Schöppen, Art. 7: „also helff mir got und die heiligen", ebenso Art. 9 des Nachrichters [37]). Während aber bei Richter und Schöppen dieselbe Formel in dem ersten Projekte Art. 2 und 4 vorgeschrieben ist, lautet dieselbe in dem zweiten Projekte Art. 2 und 4: „also helf mir got und die heiligen gottlichen Evangelia" und diese letzte Formel hat denn die P. G. O. Art. 3. 4. 5 für Richter, Schöppen und Schreiber beibehalten [38]).

Man darf hierin wohl eine Rücksicht auf die Protestanten erkennen, die einen Eid unter Anrufung der Heiligen mit ihrer Ueberzeugung nicht für vereinbar hielten, wogegen die ausdrückliche Berufung auf die heiligen Evangelia keinem Theile störend war, wie diese For-

---

37) Der Eid des Nachrichters wird in den beiden Projekten und der P. G. O. hinweggelassen.

38) Bei dem Eide, den der Schreiber zu leisten hat, ist in der Bamberger und Brandenburger H. G. O. Art. 8 und in den beiden Projekten Art. 5 die Bekräftigungsformel weggelassen, in dem es im Anfange heißt: „Item, dem Gerichtsschreiber soll in seinem Eyde den er sunst zum gericht thut, eingepunden werden —" wogegen die P. G. O. Art. 5 eine bestimmte Formel mit dem erwähnten Schlusse angiebt.

mel, die auch später als eine gemeinschaftliche anerkannt wurde, schon damals und früher bei den Katholiken vorkam. In der „Ordnung des Regiments auf dem Reichstag zu Worms aufgericht anno 1521" kommt §. 34 die Eidesformel vor: „Ich N. gelob und schwer zu Gott und den Heiligen, auf das heilige Evangelium"[39]). Jene Aenderung muß also für eine wohlbedachte erklärt werden und ist dann eine der wenigen, die durch die religiösen Verhältnisse geboten erschien[40]).

---

39) Vgl. Sammlung der Reichstags-Abschiede. Frankfurt a. M. MDCCXXXVII. P. II. p. 176.

40) In dem „Vertrag zu Passau aufgericht und ratificirt Anno 1552, den 2. August" (a. a. O. P. III. p. 6) heißt es §. 10. a. E. „auch sonderlich die Form der Beisitzer und anderer Personen und Partheyen Eydes, zu Gott und den Heiligen, oder zu Gott und das heilige Evangelium zu schweren, denen so schweren sollen hinfüro frey gelassen werden." — Und in den „Abschied des Reichstag zu Augsburg anno 1555 aufgericht" (a. a. O. S. 33) lautet der §. 107: „Und dann dieweyl beiderseits Religions-Verwandte, an dem Kais. Cammer-Gericht anzunehmen, aber sich der ein Theil, den gewöhnlichen Eyd in der Form zu Gott und den Heiligen zu schweren, beschwert, derowegen im Passauer Vertrag, die Form der Beisitzer und anderer Personen Eid, zu Gott und den Heiligen oder zu Gott und auf das heilige Evangelium zu schweren, denen so schweren sollen, freygestellt, daß die Form des Eydes oder Juraments (allerhand ungereimtes so aus diesen zwyspaltigen Formen an Kais. Cammer-Gericht künftiglich erfolgen möcht zu vermeiden) auf ein gewisse Maaß, als nehmlich auf Gott und das heilig Evangelium zu stellen." Demgemäß lauten alle Eidesformeln der Cammer-Gerichts-Ordnung v. J. 1555. Th. I. Tit. LVII—LXXXV. für den Cammer-Richter, die Beisitzer, die untern Beamten, die Procuratoren, Aerzte 2c. „zu Gott und auf das heilige Evangelium." S. noch Richter Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. Dritte Auflage. Leipzig 1848. §. 275. Not. 18—20. W. Bauer über den Eid. Herborn 1846. S. 28. Schon in den Cap. 4. X. de jurejurando (II. 24) wird die Bekräftigungsformel des bischöfflichen Eides angegeben: „Sic me Deus adjuvet et haec sancta evangelia", vgl. Walch Glossar. Introd. p. 89.

den Gerichten vorkommenden Personen sich findet. Daß ein solcher Eid hiernach überhaupt nur von Christen abgelegt werden könne, soll nur im Vorübergehen mit Rücksicht darauf bemerkt werden, daß man von der Möglichkeit anderen als Bekennern der christlichen Lehre, ein Richteramt zu übergeben, nach der damaligen Auffassung der Rechtspflege und ihres Zusammenhangs mit den Grundlagen des Staats= und Gemeinwesens gar keine Vorstellung hatte. Die Eidesformel des Richters schließt in der Bamberger und Brandenburger H. G. O. Art. 5 mit den Worten: „also Bit mir got zu helffen und die heiligen", des Schöppen, Art. 7: „also helff mir got und die heiligen", ebenso Art. 9 des Nachrichters [37]). Während aber bei Richter und Schöppen dieselbe Formel in dem ersten Projekte Art. 2 und 4 vorgeschrieben ist, lautet dieselbe in dem zweiten Projekte Art. 2 und 4: „also helf mir got und die heiligen gottlichen Evangelia" und diese letzte Formel hat denn die P. G. O. Art. 3. 4. 5 für Richter, Schöppen und Schreiber beibehalten [38]).

Man darf hierin wohl eine Rücksicht auf die Protestanten erkennen, die einen Eid unter Anrufung der Heiligen mit ihrer Ueberzeugung nicht für vereinbar hielten, wogegen die ausdrückliche Berufung auf die heiligen Evangelia keinem Theile störend war, wie diese For=

---

37) Der Eid des Nachrichters wird in den beiden Projekten und der P. G. O. hinweggelassen.

38) Bei dem Eide, den der Schreiber zu leisten hat, ist in der Bamberger und Brandenburger H. G. O. Art. 8 und in den beiden Projekten Art. 5 die Bekräftigungsformel weggelassen, in dem es im Anfange heißt: „Item, dem Gerichtsschreiber soll in seinem Eyde den er sunst zum gericht thut, eingepunden werden —" wogegen die P. G. O. Art. 5 eine bestimmte Formel mit dem erwähnten Schlusse angiebt.

Hierin ist eine Rücksicht auf die Würde der Geistlichen, die sie mit andern höher gestellten Personen genießen, aber nicht eine religiöse Beziehung zu finden, und ich habe diese Bestimmung nur, um nichts zu übergehen, an dieser Stelle erwähnen zu müssen geglaubt.

§. 6.

Der Art. 25 der P. G. O.[42]) erwähnt unter den „gemeynen argkwonen und anzeigungen so sich auf alle missethat ziehen" — „Zum sechsten, so eyn verletzter oder beschedigter, aus etlichen ursachen jemandt der missethat selbs zeihet, darauf stirbt, oder bei seinem eyde betevret."

Einen Beweis soll dieß nicht begründen, da der Verletzte, — worunter zwar auch, aber nicht blos ein schwer Verwundeter, sondern überhaupt ein durch ein Verbrechen Angegriffener zu verstehen ist, wie sich schon aus der Ueberschrift ergiebt —, hier in eigner Sache aussagt. Aber ein entferntes Indicium, und es werden hier in der Wirkung einander gleichgestellt, der Eid und der bald nach der Erklärung erfolgende Tod des Aussagenden [43]).

---

der in der Goldnen Bulle Cap. 2 vorgeschriebnen Formel: „ita me Deus adjuvet et omnes Sancti" verbleiben, und auch eine Zurücknahme der jetzigen Concession und eine andere Bestimmung dem Kaiser und gemeinen Ständen, die nach der Majorität entschieden, vorbehalten seyn sollte.

42) Gleichlautend Bamberger und Brandenburger H. G. O. Art. 32 und die beiden Projekte Art. 26.

43) Richtig bemerkt S. de Boehmer Comm. ad L. Art. §. VII. der überhaupt die Stelle gut erklärt und gegen einige Mißverständnisse seiner Vorgänger berichtigt (da die Bezugnahme auf L. 3. §. 1. D. ad SCtum Silanianum 29. 5 hier nicht gegründet ist): „Altera conditio confirmatione per mortem, vel juramentum absolvitur. Utraque praesumtionem infert, quod inculpans salutis aeternae fuerit memor, nec simulaverit, vel dissimulaverit, aut mendax fuerit."

§. 5.

Nach dem Art. 14 der P. G. O. soll den Geistlichen — jedoch nicht diesen allein, sondern überhaupt Höheren gegenüber denen geringern Standes — bei einer Anklage wo sonst Bürgschaft zu leisten ist, das Vorrecht zustehen, eine Person von gleichem Stande, wie der Angeklagte, statt ihrer neben letztern haften zu lassen [41]).

41) Gleichlautend sind hier die Bamberger und Brandenburger H. G. O. Art. 21 und das erste Projekt Art. 15, wogegen die veränderte und erweiterte Fassung des zweiten Projekts Art. 15 in die C. C. C. a. a. O. übergegangen ist. „So auch die Anklag von wegen Fürsten geystlicher personen oder gemeynen, oder sunst hoher personen gegen den die geringers standes sein, geschieht. Inn solchem fall mögen sich ander person ungewerlich nit geringerer achtung, dann der beklagt an jr statt neben den beklagten gefengklich legen, oder verwaren lassen. —" Bestimmtere Nachrichten bieten die Verhandlungen über die Augsburgische Confession und die das Reichskammer-Gericht betreffend. Für die frühere Zeit fehlt es an besondern Nachweisen, so weit sie auf die P. G. O. sich beziehen; doch haben die Fürsten und Stände, welche zuerst, nach dem Protest auf dem Reichstage zu Speyer 1529 die Bezeichnung der Protestirenden erhielten, gleich Anfangs sich gegen die Anrufung der Heiligen verwahrt, somit auch gegen die Eidesformel, welche diese enthielt. Unzweifelhaft ergiebt sich dieß aus Art. 21 der Confessio Augustana, und man darf, da diese 1530, also vor der letzten Verabschiedung der P. G. O., übergeben wurde, wohl hierin die befriedigende Aufklärung für die erwähnte Veränderung der Formel finden. Einiges hierüber, jedoch ohne besondre Rücksicht auf die P. G. O., findet sich bei V. L. a Seckendorf Commentarius historicus et apologeticus de Lutheranismo sive de reformatione religionis. Lips. MDCXCIV. Fol. Ueber Schwarzenberg's Lob durch Luther Lib. I. Sect. 56. §. CXLVII. über die Anrufung der Heiligen Lib. II. Sect. 13. (a. 1528). „Ita nec invocationem sanctorum, ab aliis jam dum oppugnatam, ex Scripturis probari posse, neque credi debere" §. XLI. Insbesondere die Verhandlungen über den Eid im J. 1544, wie bereits erwähnt, und es nachher in die Cammer-Gerichts-Ordnung aufgenommen wurde. Lib. III. Sect. 28. §. CXIII. Welchen Werth man auf die frühere Formel legte, mit Rücksicht auf daran zu knüpfende praktische Folgen, zeigt die Beschränkung von jenem „beneficium", indem es für die Churfürsten bei

gezimpt, wider einen gemeynn nutz den übelthätter jr boßheyt decken zu helffen, die den unschuldigen menschen zur nachtheyl kommen mag" [46]).

Die Schonung, die sich dabei ausspricht, ist nicht zu verkennen [47]), der Gegenstand selbst aber unserer Aufgabe nicht fremd.

Die Artikel 44 und 51 der P. G. O., welche von den Anzeigen der Zauberei handeln, sollen für jetzt übergangen und in Verbindung mit Art. 109, wo von der Strafe die Rede ist, betrachtet werden.

§. 8.

Wenden wir nun die Aufmerksamkeit den Bestimmungen über die besondern Verbrechen zu, so begegnet uns zuerst der Art. 106, „wie gottesschwerer oder gotteslesterer gestraft werden sollen." Hier bedarf es so wenig, wie für die gleichfolgenden Artikel der Bemerkung, daß eine religiöse Beziehung stattfinde. Es sind, nach der Ansicht der Zeit, gradezu Religions-Verbrechen, und zwar solche, deren Ahndung nicht lediglich der Kirche überlassen bleiben kann oder die nur in sofern, als sie zugleich einen Angriff auf das im Staate zu schützende weltliche Recht, wenigstens in ihren Folgen

---

46) Gleichlautend Bamberger und Brandenburger H. G. O. Art. 38. und beide Projekte Art. 32. Vgl. noch C. C. C. Art. 103. „Item, die beichtvätter der übelthetter sollen sie nit weisen, was sie mit der wahrheyt auf sich selbs oder ander person bekent haben, wider zu laugnen, wann niemandt gezimpt, den übelthetter jr bosheit wider gemeynen nutz und frommen leuten zum nachtheyl, mit unwarheyt bedecken und weither übel sterken zu helffen wie am eyn und dreyßigsten Artikel anfahend, Item, so ein überwundner missethetter &c. meldung beschicht." Vgl. Bamberger und Brandenburger H. G. O. Art. 124. a. E. Erstes und zweites Projekt Art. 109. S. unten.

47) Vgl. de Boehmer ad L. Art. §. VI, 5 ad Art. 103. §. 1.

Es liegt nahe, hier an den Fall im bürgerlichen Rechtsverfahren zu denken, wo derjenige, der einen ihm angetragenen oder zurückgeschobenen Eid angenommen hat, aber ehe er denselben ableisten konnte, verstirbt. Die älteren Praktiker wollten und zwar aus demselben Grunde, der hier maaßgebend ist, den Eid als geleistet betrachten und daran die sonstigen rechtlichen Folgen des Schwures knüpfen [44]). Neuere nehmen dieß nur mit Beschränkung und unter gewissen Bedingungen an, stellen auch eine Reihe von Unterscheidungen auf, die wir hier übergehen können [45]).

§. 7.

Bei den Anzeigen wird aber auch einmal, und mit Recht, den Geistlichen entgegengetreten, wenn sie mißbräuchlich die, welche ein Geständniß abgelegt haben, zum Widerrufe veranlassen. Es ist in der C. C. C. Art. 31 die Rede von der Bezüchtigung durch einen geständigen Mitschuldigen, wobei mehrere nähere Bedingungen, unter welchen allein jene glaubwürdig seyn soll, angegeben werden: „§. zum fünfften, so soll der sager, auff der besagung bestendig bleiben, jedoch so haben etlich Beichtvätter eyn mißbrauch, daß sie die armen in der beicht underweisen, jre sag so sie mit warheyt gethan haben, am letzten zu widerruffen, Das soll man sovil das gesein kann bei den beichtvättern fürkommen, wann niemant

---

44) Z. B. Voet Comm. ad Pand. XII, 2. §. 24. Stryck de morte loco jurisjurandi. 1703. Cocceji jur. civ. contr. XII, 2. qu. 40. Man berief sich unter andern auf L. 6. Cod. ad leg. Jul. repetund. (9. 27). — „Neminem divini timoris, contemnando jusjurandum arbitramur immemorem, ut saluti propriae ullum commodum ante ponat."

45) Ausführlich handelt hievon Schmidt Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. Kiel 1843. Th. II. S. 380 fg., und literar. Nachweisungen bei Linde Lehrb. des deutschen Civilprozesses. 7. Aufl. §. 311.

die alte Ansicht, und was die damalige rechtliche Auffassung des Gegenstandes betrifft, uns nach der jetzt herrschenden Betrachtungsweise nicht befriedigen, so bleibt nicht minder, was man an deren Stelle gesetzt hat, unbefriedigend. Von neuern Gesetzgebungen spreche ich hier nicht, sondern von der Behandlung des Gegenstandes in frühern Lehrbüchern des gemeinen Strafrechts, worüber ich jedoch mit Bezugnahme auf sonstige Ausführungen hinweggehe [48]).

Wir halten für die Betrachtung, ohne den Gegenstand einer weitern Kritik zu unterwerfen, die unzweifelhafte Thatsache fest, daß die P. G. O. eine eigne Klasse von Verbrechen wider die Religion und zwar an die Spitze des Systems stellt. Die Anordnung mag durch die, auch in ältern Gesetzgebungen maaßgebende Rücksicht auf die Größe der Strafe, auf die Unterscheidung der capitalen und nicht capitalen Fälle (d. h. also doch auf die Schwere der Verbrechen) bestimmt seyn, es steht dies nicht im Widerspruch damit, daß die P. G. O. gleich dem Strafsystem des Canonischen Rechts sich der Ordnung des Decalogs im Wesentlichen anschließt; und somit, ohne lediglich durch ein äußeres Beispiel und einen Vorgänger bestimmt zu seyn, vielmehr in der Anerkennung, daß dieses auf einer damals nicht bezweifelten Nothwendigkeit beruhe, die Verbrechen gegen die Gottheit für die schwersten erachtete, mit denen der Anfang zu machen sey, um auch durch solche Form der Sache gerecht zu werden [49]).

---

48) S. z. B. mein System der Crim. R. W. §. 502. Not. 135.

49) Eine genauere Entwicklung habe ich mit Rücksicht auf die Geschichte, die Quellen und die rationellen Gesichtspunkte gegeben, in der Abhandlung „Beiträge zur Lehre von der systematischen Anordnung des besondern Theils des deutschen Strafrechts, im Verhältnisse zu den Quellen des positiven

enthalten, von demselben unter einen Gesichtspunkt der Strafbarkeit gestellt werden und sonst etwa unbeachtet gelassen werden dürften; es sind vielmehr Handlungen, die im Staate, vermöge seiner ihm zum Bewußtsein gekommenen religiösen Grundlagen und indem er, auch in seinen Gliedern, die zugleich Glieder der Kirche sind, diese anerkennt, zu berücksichtigen sind. Es darf ihm eine Verletzung desjenigen, was ihm als heilig gilt, nicht gleichgültig seyn; er ist der Kirche, und der Religion als solcher, Schutz und Förderung schuldig, und er bleibt auch seinerseits nicht unberührt, wenn frevelhafte Angriffe gegen jene gemacht werden. Man kann darüber von andern Standpunkten aus verschiedene Ansichten aufstellen. Aber so viel ist gewiß, jenes war die in der Zeit begründete Auffassung. Wenn eine andere, die zum Theil, aber auch nur zum Theil berechtigt ist, was mehr die strafrechtliche Behandlung jener Verbrechen betrifft, als die Frage über die ihnen anzuweisende Stelle im System und über die Gründe ihrer Strafbarkeit vor weltlichen Gerichten, jetzt ihre Geltung fordert und zu einer Mißbilligung des frühern Verfahrens führt, so mag dieses anerkannt, aber es darf nicht zugegeben werden, daß man in Darstellungen des gemeinen Rechts willkührlich, mit Verlassung des geschichtlichen Standpunktes und der Grundansichten, den von diesen aus aufgestellten Bestimmungen, andre jenen durchaus fremde Ansichten und Motive unterschiebt, wodurch man zu Ergebnissen gelangt ist, die nicht blos theoretisch falsch, sondern praktisch gefährlich waren, wie denn durch jene Weise theils der ursprüngliche Charakter der Quellenrechte verkannt, ja das religiöse und sittliche Element ganz geleugnet, theils dem Inhalte der beliebig zurecht gelegten Vorschriften, und nicht minder den ihnen untergestellten Handlungen nach der Seite ihrer strafrechtlichen Würdigung, ein Zwang angethan wurde. Kann

Satzung des Kaysers Justinianus angezogen wirt) gestrafft werden sollen." Im ersten Projekt wird dieses so gefaßt: „wie solche lesterung, den gemeynen unsrer vorfarren unnd unseren kayserlichen Rechtenn, gemeß und sonderlich, nach jnhalt besondern Arttickeln unsere kayserliche ordnung und pollicei so uff dem Reichestage itzo allhier zu wormbs, in dem einundzweintzigisten Jare, durch uns auffgerichtt ist, gestrafft werdenn sollenn"; das zweite Projekt sagt kürzer: „wie solch lesterung den gemeynen unsern kay: Rechten gemeß und sonderlich nach Inhalt besunderer artikel unserer Rechtsordnung[51]) gestraft werden sollen." Dies ist wörtlich in die C. C. C. übergegangen.

Jene erste Bestimmung über die theilnahmlosen Zuhörer (so wie über die lässigen Richter) findet sich fast gleichlautend in der „Königlichen Satzung von den Gotteslästerern, zu Worms Anno 1495 aufgericht" [52]), wobei gleichfalls auf „Weyland Kaiser Justinianus, unser Vorfahr am Reich, löblicher Gedechtnus" Bezug genommen wird [53]). Dies wiederholt der Reichs-Abschied vom J. 1500. Tit. 33, während in dem v. J. 1512. Tit. 4 ein Fortschritt durch nähere Berücksichtigung der Verhältnisse zu erkennen ist, wogegen die Reichs-Polizei-Ordnung v. J. 1530. Tit. 1 fg. und die vom J. 1548. Tit. 1 fg., auf die in der Novelle Justinians angeführten Gründe des Göttlichen Zornes, der sich in allerlei Art von Uebeln, von denen die Menschen heimgesucht werden, äußere, zurückkommt[54]). Ob die kürzere Fassung der P. G. O. im Verhältniß zu den Vorgängern, aus Rücksicht auf die er-

---

51) So in der Ausgabe von Zöpfl; sonst würde man geneigt seyn zu lesen: „Reichs-Ordnung" wie auch die C. C. C. sagt.

52) Neue Sammlung der Reichstagsabschiede rc. T. II. p. 23.

53) Nov. 77.

54) Neue Sammlung rc. T. II. p. 81. 141. 333. 589.

Wir dürfen weder den Maaßstab einer Gesetzgebung unserer Zeit hier anlegen, noch etwa den der Methode des Vortrags, der für das Verständniß Derer berechnet, welche in die Wissenschaft erst einzuführen sind, von dem leichter zu Begreifenden zu dem Schwerern, von dem Einfachen zu dem Zusammengesetzten, wenn man sagen darf, von dem Concreten zu dem mehr Abstrakten übergeht, und so wie es sich wohl rechtfertigt, die genannten Verbrechen, wie die gegen die Sittlichkeit, das Gemeinwesen und den Staat an's Ende stellt, wodurch keineswegs ausgedrückt werden soll, daß die Handlungen wider solche für geringer ahndungswürdig, für minder bedeutend erachtet würden[50]).

Was nun den Art. 106 der P. G. O. betrifft, so bietet die Vergleichung mit den frühern Rechtsbüchern einige beachtenswerthe Ergebnisse dar. Die Bamberger und Brandenburger H. G. O. Art. 127 drohen die Strafe „an leyb, leben oder glidern, nach gelegenheit und gestalt der Person oder lesterung", außer den „Tettern" auch denjenigen „so zuhören, das nit widerreden, strafen und der oberkeyt verschweigen"; eben so das erste Projekt Art. 112. Dies ist in dem zweiten Projekt und in der C. C. C. selbst weggelassen. Die beiden erstgenannten der H. G. O. enthalten ferner am Schluß die Verweisung auf den Rath der Rechtsverständigen, „wie solche Lesterung den gemeinen Kayserlichen Rechten gemeß, und sunderlich nach inhalt königlicher ordnung so auff gehalten Reichstag zu wurms auffgericht (darinne deßhalb die ernsthafft löblich

---

Rechts „im Archiv J. 1835. S. 397", womit zu vergleichen ist meine Nebeneinanderstellung des Systems des Römischen Rechts und desjenigen alter deutscher Rechtsbücher in den „Bemerkungen über den strafrechtlichen Theil von J. Gobler's Richterspiegel", im Archiv a. a. O. S. 12.

50) Vgl. Roßhirt, Geschichte und System des deutschen Strafrechts, Th. III. S. 127, und mein System der Str. R. W. §. 179. 180. mit §. 512. 554. Marezoll §. 168.

derer Inhalt sey, in das Gewissen und die Religiosität des Schwörenden verlegt. Daß, wo der Staat, die Rechtspflege, sich genöthigt sieht, in dieses Gebiet durch Forderung des Eides überzugehen, noch ein besonderes rechtliches Interesse obwaltet, dessen Verletzung, durch den Meineid oder das Falschschwören, ihn, wegen des hieraus entstehenden unmittelbaren Nachtheils und wegen der praktischen Folgen, die er an den Eid knüpft, zu einer Ahndung berechtigt, ist etwas Hinzutretendes, was das Wesen der Sache nicht ändert, wenn es auch auf die strafrechtliche Behandlung Einfluß hat, welche zu verschiedenen Zeiten selbst wieder verschieden war, aber niemals den religiösen Gesichtspunkt bei Seite gesetzt hat[56]), ohne einen Nachtheil, der mittelbar und in seinen Folgen oft bedenklicher erscheinen mußte, als der juristische. Die weltliche Strafgerechtigkeit hat sich allerdings innerhalb ihrer nothwendigen Schranken zu äußern und nicht den Beruf, über diese hinausgehend, gleichsam ein göttliches Richteramt sich anzumaßen, und es mag gegen frühere Verkennung dieser Wahrheit nöthig seyn, daran zu erinnern[57]): aber es liegt

---

56) Die damalige und spätere deutsche Gesetzgebung hat dies im Princip richtig anerkannt, wenn man auch mit den Folgerungen nicht überall einverstanden seyn kann. Noch im Reichs-Deputations-Abschied von 1600 §. 33 heißt es: „damit er nicht sonsten in Gefahr seiner Seele Heyl und Seeligkeit und des Meyneides gesetzt" — und die noch übliche und bedingt nothwendige Eidesbelehrung und Verwarnung, insbesondere durch einen Geistlichen, hat doch wohl eine tiefere Bedeutung, als einen Betrug zu verhindern. Ueber die geschichtliche Auffassung und die in den Schriften einer Zeit, von der man vor Kurzem glaubte, sie als eine vorübergegangene bezeichnen zu können, s. mein Lehrbuch der Straf-R. W. §. 563 und meine Abhandlungen im Archiv des Crim. R. J. 1834. S. 579 fg., J. 1838. S. 296 fg., so wie über die neuerlich in Gesetzgebungen ausgesprochenen Ansichten: meine Beiträge zur Kritik des Preuß. Strafgesetzentwurfs v. J. 1843. S. 322 fg. 329 fg., vom J. 1847. S. 34 fg. und 1851. S. 60 fg.

57) Ein Vorwurf, der nicht selten aus Mißverständniß den Vertheidigern der Theorie der Gerechtigkeit gemacht worden ist.

wähnten Religionsdifferenzen, oder deshalb beliebt worden, weil die Verweisung auf die Reichsgesetze für genügend erscheine, wird schwer zu entscheiden seyn. Man könnte an das letztere denken, — wiewohl das, was die P. G. O. bestimmt und durch die allgemein geltenden Reichsgesetze in Bezug nimmt, nicht dafür spricht — und sich allenfalls auch darauf berufen, daß in der Hessischen H. G. O. von 1535 dieser Artikel fehlt. Allein diese ist überhaupt unvollständig und es würde zu viel (folglich nichts) beweisen, wenn man die, ohnehin ungegründete Behauptung aufstellen wollte, daß die Modificationen, welche jene enthält [55]), sämmtlich aus einer andern religiösen Auffassung hervorgegangen seyen. Wo dies der Fall, oder wahrscheinlich ist, werde ich es anführen.

§. 9.

Von dem Art. 107 „Straff der jhenen so einen gelerten eydt vor Richter und gericht meyn eydig schweren", welcher mit dem Artikel 128 der Bamb. und Brand. H. G. O. und Artikel 113 der beiden Projekte gleichlautend ist, bekundet schon die Stellung, daß man das in derselben verpönte Verbrechen vom religiösen Standpunkt aus, und nicht als bloßen Betrug betrachtet habe. In der That entspricht dies nicht nur der Ansicht jener Periode, sondern der Sache selbst, worüber zu keiner Zeit eine Verschiedenheit der Meinungen herrschen sollte. Der Eid ist ein religiöser Akt und durch die Eidesleistung wird die Pflicht, welches auch ihr beson-

---

55) Es fehlen die Artt. 104—138 der C. C. C. gänzlich, zum Theil das, was die C. C C. Art. 84—94 enthält, darunter eine Reihe von Bestimmungen, die außer aller nähern Beziehung auf die Religion, vollends auf die Confession, stehen; und gewiß konnte die Absicht nicht seyn, die übergangenen Verbrechen sammtlich für straflos zu erklären.

ausschließt, da wo dem richterlichen Ermessen ein gewisser Raum gestattet ist, die individuelle Strafbarkeit des Einen und Andern zu berücksichtigen, nicht nothwendig die wörtliche Gleichheit der Strafe bedingt[62]), jedoch grade für den vorliegenden Fall, so lange die in der C. C. C. gedrohte Strafe unverändert zur Anwendung kam, zu jenem Ergebnisse führen mußte.

§. 10.

Nach dem Systeme der P. G. O. nimmt der Art. 108 „Straff der, so geschworne urphede brechen" mit Recht hier seine Stelle ein, da das Wesentliche des Verbrechens und die allgemein formelle Seite desselben die Verletzung der Eidespflicht ist. Das Gesetz stellt diese Handlung als solche und in der Strafe dem Meineide gleich. Dabei kann und darf natürlich nicht die criminelle Eigenschaft der Handlungen unberücksichtigt bleiben, mittelst welcher der Bruch der geleisteten Urphede (de non ulciscendo) begangen ist; vielmehr ist, wo diese todeswürdig

P. G. O. ist dieser Nachsatz weggeblieben. Für die Geschichte ist dies nicht ohne Bedeutung. Es scheint wie eine Verwahrung, gegenüber der wohl anfangs gehegten und im Ganzen auch überall durchgeführten Absicht, an dem hergebrachten und geschriebenen Rechte so wenig wie möglich zu ändern, wie man denn eine neue Gesetzgebung dem gesammten Inhalte nach nicht bezweckte, und sich durch das bestehende Recht, auf welches so oft verwiesen wird, mehr oder minder gebunden erachtete. So mag man jenen Zusatz für angemessen gehalten haben. Wenn er in der P. G. O. fehlt, so beruht dies nicht auf einer Aenderung der Ansicht, von der man im zweiten Projekt ausging, daß es bei Abfassung der P. G. O. unbenommen sey, auch Neuerungen einzuführen, die man für zweckmäßig hielt. Vielmehr glaubte man, daß sich dies von selbst verstehe, wie denn auch in sämmtlichen Werken, gegenüber dem ältern Recht und in der P. G. O. gegenüber deren Vorgängern, von solcher Befugniß der Gesetzgebung Gebrauch gemacht wurde, vgl. z. B. Art. 130. 131. 228.

62) Vgl. meine angef. Abhandlung im Archiv des Crim. R. J. 1841. S. 379 fg.

nicht außerhalb ihres Gebiets und ihrer mit dem Recht zusammenfallenden Pflicht, da, wo sie von ihrem Standpunkte aus berufen ist, einzuschreiten, die zu ahndende Handlung nach ihrem wahren Charakter zu würdigen.

Ueber den Inhalt des Art. 107 ist für unsern Zweck nichts weiter zu bemerken. Doch mag erinnert werden, daß, gegenüber der frühern römischen Theorie, die angetragene oder zurückgeschobene Eidesleistung in einer bürgerlichen Rechtsstreitsache als eine Transaktion anzusehen, womit besondere praktische Folgen verbunden waren [58]), jener Artikel eine besondere, jetzt noch für das gemeine bürgerliche Recht wichtige Bedeutung habe, indem der Beweis des Falsch-Eides statt findet [59]), daß ferner in der ordentlichen Strafe des Meineids (nicht des Eidesbruches, von welchem das Gesetz gar nicht handelt), die als *ein gemeiner Gebrauch* — nicht geändert werden soll, die Spur oder Form der Talion erkennbar sey [60]), und daß endlich dieser Artikel die Hauptquelle sey für die gemeinrechtliche Gleichstellung des Anstifters oder s. g. intellectuellen Urhebers und des Thäters [61]); ein Satz, der zwar nicht

---

58) v. Savigny, System des römischen Rechts. Band VII. §. 309 fg. 311 fg.

59) v. Savigny a. a. O. §. 314; Linde, Lehrbuch des Civilprozesses §. 248. Not. 16; Heffter, System des römischen und deutschen Civilprozeßrechts. S. 283 fg.

60) Vgl. auch Bamb. und Brandenb. H. G. O. Art. 224. §. 1: „die zween finger, damit er mißhandelt und gesündigt hat." Projekte Art. 206. P. G. O. Art. 108; meine Strafrechtstheorien rc. S. 128. Not. 141, und meine Abhandlung im Archiv des Crim. R. J. 1835. S. 151 fg. und 1841. S. 379 fg.

61) Die P. G. O. sagt Art. 107 a. E: „Wer solch falsch schwerer mit Wissen, fürsetzlich und argklistiglich darzu anrichtet, der leidet gleiche peen." Die angef. H. G. O. und die Projekte sagen nur: „mit wissen darzu anrichtet", was auch wohl ausreichend ist. Das zweite Projekt setzt aber hinzu: „unangesehen ob etlich unnser und unnsrer Vorfaren kayserlichen Gesetz darwider verstanden werden mochten." In der

Nicht nur in der P. G. O., sondern schon in den beiden Projekten ist dieser Artikel weggeblieben. Man darf hier unbedingt den Einfluß der Kirchenreformation erkennen, der sich bei dieser wichtigen Grundfrage nothwendig geltend machen mußte, und zwar gleich unmittelbar nach dem ersten Erscheinen der Trennung der erst nachher durch ein bestimmtes Bekenntniß genauer begrenzten Religionspartheien. Vollends mußte in der C. C. C. (1532), welcher die Uebergabe der Augsburgischen Confession vorausgegangen war, und nach dem ersten Religionsvertrage, die Aufnahme einer derartigen Bestimmung eine Unmöglichkeit seyn [65]).

---

und gebracht werden." Mandat gegen die Wiedertaufer ej. a. §. 39. vgl. Abschied des Reichstags zu Augsburg v. Jahr 1551. §. 89: „Constitution die Strafe gegen die Widertaufer."

65) Eine Folge hiervon mußte auch seyn, daß in dem Art. 109 der C. C. C. u. Art. 115 der beiden Projekte „Straff der Zauberei", wo die Strafe des Feuers gedroht wird, die in der Bamb. und Brand. H. G. O. Art. 131 vorkommenden Worte „gleich der Ketzerei" weggelassen wurden. Vgl. v. Wächter, Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechts. Tübingen 1845. S. 290. Malblank a. a. O. S. 207 bemerkt: „Hie und da finden sich in der Bamb. Constitution Spuren der freieren Denkungsart Schwarzenberg's und seiner heimlichen Abneigung gegen die Geistlichkeit und das alte Religions-System, welche hernach in der C. C. C. zum Theil ausgemerzt worden sind. Z. B. in der Bamb. Art. 130 wird von der Ketzerei gehandelt und dies Verbrechen der Bestrafung der weltlichen Gerichte in so fern unterworfen, wenn zuvor die Ketzer durch den ordentlichen geistlichen Richter für solche erkannt und dafür dem weltlichen Richter überantwortet wurden. In der C. C. C. ist dieser Artikel weggelassen, weil vermuthlich die Geistlichkeit allerlei Bedenken gehabt und eine Usurpation von den weltlichen Gerichten besorgte." In einer Note a) fügt er bei: „Andere glauben, daß dieser Artikel wegen der gährenden Reformation ausgelassen worden. Da aber selbst Protestantische Rechtsgelehrte nachher in Bestrafung der Ketzerei noch sehr strenge Grundsätze aufstellten, so kommt mir meine obige Meinung wahrscheinlicher vor." Dadurch wird die ganze Sache verkehrt. Jener Artikel, der die Geistlichkeit zum Richter und diesen zum Vollstrecker macht, bestimmt nichts Neues. S. oben Not. 18.

sind, die schon dadurch verwirkte Strafe zu erkennen, da sonst z. B. ein Mörder, der zugleich jene Eidesverletzung sich zu Schulden hat kommen lassen, durch die Strafe des letztern zu gering büßen würde; bei einer solchen Concurrenz muß die Strafe der schwerern Verwirkung statt finden. Ueberall wird ein Vorbehalt gemacht wegen künftig zu besorgender Angriffe, wo dann Sicherstellung, Caution, selbst dauernde Haft bedingt sind [63]).

§. 11.

Die Bamb. und Brand. H. G. O. bestimmen Art. 130 „Straff der Ketzerei." „Item wer durch den ordentlichen geystlichen Richter für einen Ketzer erkannt, und dafür dem weltlichen Richter geantwort wurde, der sol mit dem feur vom leben zum todt gestrafft werden."

Hier liegt ein unzweifelhafter Fall eines außerhalb der weltlichen Gerichtsbarkeit stehenden, nur von der Kirche für ein solches erklärten Verbrechens vor, in welcher Hinsicht übrigens das Gesetz hier nichts Neues, von der frühern Auffassung und Behandlungsweise der Sache Abweichendes bestimmt. Ueber das Verbrechen (crimen haereticae pravitatis) urtheilt der geistliche Richter; nur behufs der Vollstreckung der Strafe sollte der Verurtheilte dem weltlichen Richter überantwortet werden [64]).

63) Die Bamb. und Brand. H. G. O. Art. 129 verweisen auf Art. 202 (vgl. mit Art. 221). Von den beiden Projekten Art. 114 läßt das erste das Citat unausgefüllt, das zweite führt den Art. 183 an, die C. C. C. den Art. 176, während dem Art. 221 der Bamb. und Brand. H. G. O. die Projekte Art. 203, die P. G. O. Art. 195 entsprechen.

64) Indeß bestimmte der Abschied des Reichstags zu Speyer an. 1529 §. 6: „Daß alle und jede Wiedertaufer und Wiedergetaufte" — (wobei der „Wiedertauf" als „alte Ketzerei" bezeichnet wird) Mann- und Weibs-Personen verständigen Alters, vom natürlichen Leben zum Todt, mit Feuer, Schwert oder dergleichen, nach Gelegenheit der Personen ohne vorgehend der geistlichen Richter Inquisition gericht

von keiner christlichen Obrigkeit ohne eigne schwere Verantwortung zu Duldendes; es hat nichts gemein mit einer Trennung der Christen innerhalb des Gebietes, für welches eine gemeinschaftliche Grundlage stets anerkannt wurde.

Es soll hier von der Zauberei nicht weiter gesprochen werden. Geschichtlich ist der Gegenstand vielfach beleuchtet[66]), die Kritik hat ihn ausführlich erörtert, und ein praktisches Interesse findet Gottlob nicht mehr statt[67]). Doch möge erinnert werden, daß lange nach der Publication der P. G. O. und nicht minder in protestantischen Ländern die Hexenverfolgungen auf eine furchtbare Weise statt fanden, wobei Theologen [68]), Juristen und Mediciner — und gewiß meist in gutem Glauben — wetteiferten, dem Unsinn Opfer zu bringen. Die Schuld darf jedoch keineswegs unbedingt der P. G. O. zur Last gelegt werden [69]).

Der Art 109 „Straff der zauberey" lautet: „Item so jemandt den leuten durch zauberey schaden oder nachtheyl zufügt, soll man straffen vom leben zum todt, und man soll solche straff mit dem fewer thun. Wo aber

---

66) S. die treffliche Darstellung von Wächter a. a. O. S. 83 und 279 fg., wo auch eine Uebersicht der Literatur gegeben ist. Hervorzuheben sind J. Grimm's deutsche Mythologie. 2. Ausg. 1814. S. 936 fg.; Soldan, Geschichte der Hexenprozesse, Stuttgart und Tübingen 1843, wobei denn auch der Verdienste von Weier (Wierus) einem Arzt, Friedrich Spee, Bekker und Thomasius zu gedenken ist. Trummer, Vorträge über Tortur, Hexenverfolgungen rc. in der Hamburg. Rechtsgeschichte I. 1844. S. 95 fg.; Wilda, Strafrecht der Germanen. S. 961 fg.

67) Doch haben sich Spuren des Volksaberglaubens mit betrübenden Erfolgen noch bis vor Kurzem gezeigt.

68) Wilda, Strafrecht der Germanen S. 961 fg. Man berief sich unter andern auf II. Buch Mosis Cap. 22. V. 18: „Die Zauberinnen sollst du nicht leben lassen" III. Cap. 20. V. 27; dann nach jüdisch-rabbinischen und heidnisch-neuplatonischen Ideen auf 1. Mos. Cap. 6. V. 1—4. Vgl. Caus. XXVI. qu. 5. insbesondere C. 14. (Wächter a. a. O. S. 89.)

69) Vgl. was Wächter a. a. O. S. 290 erinnert.

jemandt zauberey gebraucht, und damit niemant schaden gethan hett, soll sunst gestrafft werden, nach gelegenheit der Sache darinnen die urtheyler radts gebrauchen sollen, wie vom radt suchen hernach geschrieben steht." [70])

Hätte man bei den Voraussetzungen, auf welchen diese Bestimmung beruht, sich überall streng an dieselbe gehalten, es würden nicht so viel beklagenswerthe Opfer gefallen, nicht so viele Justizmorde vorgekommen seyn, als leider statt gefunden haben. Die so oft und mit Unrecht angegriffene P. G. O., die häufiger getadelt als studirt worden ist, wovon Beweise anzuführen hier nicht nöthig erscheint, bedroht mit der Lebensstrafe nur die, welche den Leuten Schaden oder Nachtheil zufügen — allerdings eine hinlänglich weite Bestimmung, die aber doch bei weitem nicht das umfaßt, was man *hineingelegt hat*, und was auch, so wie es geschehen ist, *nicht unter die* zweite Alternative des Gesetzes gezogen werden konnte.

Hiebei muß jedoch noch auf das römische Recht aufmerksam gemacht werden, obschon die Gründe der strafrechtlichen Behandlung der Zauberei und Hexerei, mit allen Verirrungen und dem unglücklichen Wahn, nicht aus diesem, sondern aus germanischen Ansichten des Mittelalters und der vorausgegangenen Periode, und aus der specifisch kirchlichen Auffassung unter dem Einflusse der angedeuteten Umstände gesucht werden müssen [71]). Der Zusammenhang, in welchen schon frühzeitig malefici und venefici gestellt wurden, ist bekannt [72]), obschon gegenüber der

---

70) Gleichlautend die Bamb. und Brand. H. G. O. Art. 131, die die erwähnte Bezugnahme auf die Ketzerei enthalten, und ohne diese die beiden Projekte Art. 115.

71) S. Not. 66 und 73, und Wächter a. a. O. S. 88 fg.

72) Nachweisungen finden sich in der sorgfältigen Arbeit von Gengler, die strafrechtliche Lehre vom Verbrechen der Vergiftung. Bamberg 1842. S. 33.

anfänglichen Betrachtungsweise der Handlung, die unter den Gesichtspunkt eines frevelhaften Gebahrens durch magicae artes gezogen würde, die Lex Cornelia de sicariis und wohl nicht erst diese, beide Verbrechen auseinanderhält, die später im Justinianischen Rechte wieder in Verbindung gesetzt wurden [73]). Doch hat sich der Uebergang hiezu allmählig vorbereitet, indem unter die Lex Cornelia unter andern auch solche Handlungen gezogen wurden [74]), von denen freilich zwar die Verbindung, und nicht blos die äußere, sondern auch die innere im Willen des Schuldigen erkennbar ist, aber so, daß die bösen Künste unter den Gesichtspunkt der Verletzung des Menschen, nicht diese unter den der Zauberei gestellt werden. Mehr tritt dies im

73) §. 5. J. de publicis judiciis. Aus der Zusammenstellung von veneficus sive maleficus und „maleficiorum scelus und insidias venenorum", welche von der Indulgenz a. 367. 368 von Valentinian ꝛc. ausgeschlossen werden, läßt sich nichts Bestimmtes schließen, so wie a. 384: „deinde homicidii, veneficiique ac maleficiorum" L. 3. 4. 7 Theod. Cod. de indulgent. crim. Aber eine Beziehung ist doch nicht zu verkennen. S. L. 6. eod. „Vel qui noxiis quaesita graminibus et diris inmurmurata secretis mentis et corporis venena composuit" (vgl. meine Untersuchungen aus dem Gebiete der Straf-R. W. Dritte Abhandlung S. 278 fg.), vgl. Tit. Theod. Cod. de maleficiis et mathematicis und Gothofred im Commentar Tom. III. P. 122 fg. Ganz entschieden ist bei den mathematici der Charakter religiöser Verletzung ausgesprochen in L. 12. Theod. Cod tit. cit. von Honorius und Theodosius a. 409: „Mathematicos nisi parati sint, Codicibus erroris proprii sub oculis Episcoporum incendio concrematis, Catholicae religionis cultui fidem tradere, nunquam ad errorem praeteritum redituri, non solum urbe Roma, sed etiam omnibus civitatibus pelli decernimus. — " In dem Titel Theod. Cod. Quorum appellationes non recipiuntur L. 1. von Constantin a. 314 werden gesondert genannt „vel maleficus vel veneficus", in L. 7. eod. von Constantius a. 344 ohne Trennung „ne quis homicidarum, veneficorum, maleficorum etc." (vgl. noch den Titel: de paganis sacrificiis et templis XVI. 10).

74) Vgl. Paul. sent. recept. V. 23. §. 15. 17. 18. Gengler a. a. O. S. 54. 104.

Canonischen Recht hervor, wo das maleficium, das sortilegium die magia, divinatio, überhaupt „magicae artes" neben der haeresis, als besonders schwere Verbrechen dargestellt werden [75]). Eine Ansicht, die auch in den frühern deutschen Rechten theilweisen Eingang fand, deren einige mit dem Verbrechen der Zauberei das der Vergiftung in Verbindung setzen, während andre diese letztere zu den ausgezeichneten Arten der Tödtung rechnen [76]). So heißt es, um nur Einiges anzuführen, in dem Schwäbischen Landrecht Art. 174: „Swel christen mensche ungelovbig ist, oder mit zovber umbe gat, oder mit vergift, man sol in uf einer hurde brennen, ez si man oder wip." [77]) Die Auffassung der Handlung als Abfall vom Christenthum ist auch hier deutlich ausgesprochen [78]). Mehr als Ergebniß damaliger praktischer Auffassung mag *die Mittheilung* von Tengler „der neu *Laienspiegel" gelten,* wonach jene Handlungen einerseits wie Mord betrachtet und geahndet wurden, andrerseits in der gegen schuldige Frauenspersonen erkannten Strafart sich eine Spur der Unterstellung unter die canonische und frühere Ansicht zeigt, was auch die Aufzählung der Verbrechen mit den lateinischen Benennungen bestätigt. Ich verweise hier auf

75) Die Hauptstelle C. 14. Caus. XXVI. Qu. 5 ist schon oben Note 68 angeführt. Vgl. noch L. 4. 5. Cod. Just. de maleficis et mathematicis etc.; Roßhirt, Geschichte und System, Band I. S. 128 fg., und besonders Gengler a. a. O. S. 144 fg.

76) Genaue Nachweisungen bei Gengler a. a. O. S. 154 fg.

77) Ausg. v. Laßberg 1840. S. 84. vgl. Gengler a. a. O. S. 176, der die Stelle nach andern im Sinn übereinstimmenden Lesarten mittheilt.

78) Daher anerkannt, worauf auch Gengler S. 177 aufmerksam macht, daß nur ein Christ dieses Verbrechens schuldig werden könnte, welches von Andern z. B. Juden verübt, einen andern Charakter annehme, die Vergiftung insbesondere den des Mordes. Doch hielt die Praxis dies nicht so fest, um nicht zu den durch Wahn veranlaßten grausamsten Verurtheilungen zu gelangen.

Gengler [79]), der die Mittheilung des Spiegler's mit Recht „kaum als ein Produkt literarischer Forschung" betrachten zu können glaubt. Wenn nun gleich in der Bamb. und ihren Nachfolgern, insbesondere der C. C. C., die Vergiftung, wie schon die Reihenfolge der Titel und unzweifelhaft die systematische Stellung ergiebt [80]), unter das Verbrechen der Tödtung gestellt wird, wie dieß auch schon bei Ruprecht von Freisingen geschieht und in der Praxis z. B. von Nürnberg — (möge auch darüber Zweifel herrschen, ob Schwarzenberg jene oder diese Quelle gekannt und benutzt habe) [81]) und die Zurückführung auf Zauberei nicht mehr statt findet, so mag doch umgekehrt jene mit der Vergiftung, überhaupt der heimlichen Beschädigung von Menschen in so fern in Verbindung gesetzt worden seyn, als man, eben nur wo ein solcher Erfolg eintrat, die Zauberei für ein in so hohem Grade strafbares Verbrechen erklärte [82]). Gesetzlich war

---

79) a. a. O. S. 19. Die Stelle lautet (P. CLXXXVI. v. Absatz 3 der Augsburger Ausg. v. 1511. Fol.) wo am Rande eine lex Julia „de veneficis et sicariis" angeführt wird: „Item nach bemelten gesatz (nämlich, daß „fürsetzlicher todslag als ain mordt mit dem rad" bestrafft werden soll) mögen auch gestrafft werden, die mit vergifft, zauberey oder andern verpoten sachen die menschen zu ertödten, zu latein genannt venefici, malefici, incantatores, phitonisse. Doch werden solche weibsperson gewonlichen im feur oder wasser vom leben zum tode gericht, oder zu äschen verbrannt."

80) Vgl. Bamb. und Brand. Art. 155. (mit 45 u. 62) die Projekte Art. 135, (38 u. 51) C. C. C. Art. 130 mit Art. 37 und 50) die Lehre von den „bösen tödtungen", welche mit der Vergiftung eröffnet wird. S. auch meine Abhandlung im Archive des Crim. R. J. 1836. S. 182 fg.

81) Gengler, a. a. O. S. 194.

82) v. Wächter a. a. O. S. 290 bemerkt: Er (Schwarzenberg) beschränkte die Todesstrafe bei Zauberei in einer Weise, wie es nur irgend im Anfange des XVI. Jahrhunderts und unter der Herrschaft eines geistlichen Herrn möglich war." — „Nach diesem Reichsgesetze sollte also bei Zauberei die Strafe des Feuers nur eintreten, wenn Jemand durch Zauberei

also die Sache entschieden, und gegen die schwankende Praxis muß von der Bamberger H. G. O. an und im weitern Umfange seit der P. G. O. die völlige Trennung des Verbrechens der Vergiftung von dem der Zauberei angenommen werden [83]), wenn auch immer noch Spuren der frühern Verbindung in der Anwendung und den Schriften der Praktiker sich zeigen. Daran ist für unsre Betrachtung festzuhalten. Es bedarf keiner Bemerkung, daß, nachdem das Verbrechen der Zauberei nicht mehr angenommen wurde und dessen Erwähnung aus dem Gesetze verschwand, nicht erst auf einem Umweg oder der Auslegung die Strafbarkeit der Vergiftung zu begründen war, die bereits eine selbstständige Bedeutung hatte.

§. 13.

Auch der Art. 116 der P. G. O. darf hier nicht unerwähnt bleiben. „Straff der unkeusch, so wider die natur beschiht." Die Schuldigen „haben auch das Leben verwürkt, und man soll sie der gemeynen gewonheyt nach mit dem fewer vom leben zum todtrichten." [84])

An eine Religionswidrigkeit in dem Sinne, wie bei der Gotteslästerung und der Verletzung der Eidespflicht, ist allerdings nicht zu denken, wohl aber hat man diese Verwerflichkeit, über welche früher bei den Römern andre Ansichten herrschten [85]), unter den christlichen Kaisern, unter dem Einfluß des Mosaischen Rechts, als die Versündi-

---

wirklich Schaden oder Nachtheil zugefügt wurde; wo dagegen zwar Zauberei gebraucht, aber Niemanden ein Schaden zugefügt wurde, soll gelindere Strafe nach Ermessen des Richters statt finden."

83) Gengler, a. a. O. S. 204 fg.

84) Gleichlautend Bamb. und Brand. H. G. O. Art. 141. und die beiden Projekte Art. 122.

85) Mein Lehrbuch der Straf-R. W. §. 551.

gung gegen ein göttliches Gebot betrachtet [86]. Hierauf weisen alle Stellen hin, die dann auch zeigen, wie entfernt man von der Ansicht unsrer Zeit war, nur s. g. Rechtsverbrechen, nur Handlungen, welche eine Verletzung bestimmter, den Einzelnen oder der Gesammtheit zustehender Rechte enthalten, für strafbar zu erklären [87]. Das Canonische Recht folgt hier seinem Standpunkte, nimmt auf das Mosaische Recht ganz besondre Rücksicht, und durch dieses ist zunächst die Benennung des Verbrechens, als Sodomie oder Sodomiterei, gangbar geworden [88]. So erklärt sich auch die Strafe des Feuers [89].

Ja nach der Auffassung der Zeit ist selbst eine Beziehung auf das Verbrechen der Zauberei und Hexerei in sofern nicht ausgeschlossen, als bei diesem, nach den durch die Folter erpreßten Geständnissen der Unglücklichen, die Unzucht mit diabolischen Wesen eine besondre Rolle spielt [90]. So viel ist gewiß, daß, wenn die P. G. O. und ihre Vorgänger, welche dieses Verbrechen an einer spätern Stelle erwähnen, als die den wider die Religion gerichteten Handlungen angewiesen ist, indem sie davon in der Reihe sprechen, wo die meist s. g. delicta carnis berührt werden (Incest, Entführung, Nothzucht, Ehebruch, Bigamie,

86) L. 6. Theod. Cod. ad leg. Jul. de adult. Coll. leg. Mos. et Rom. V. 3. Die Hauptstellen aus der Mosaischen Gesetzgebung habe ich im angef. Lehrbuch Note 1231 erwähnt. Hinzuzufügen sind aus dem neuen Testament die Epistel Pauli an die Römer Cap. 1. V. 26. 27.

87) Vgl. Nov. 77 und die (nicht glossirte) Nov. 131. Cap. 1.

88) Die Hauptstellen in meinem Lehrbuch §. 552: „Flagitia, quae sunt contra naturam, ubique et semper repudianda sunt, qualia Sodomitarum fuerunt.“ Auch auf die von mir angeführten fränkischen Capitularien ist aufmerksam zu machen.

89) Meine Strafrechtstheorieen S. 129. Not. 141.

90) Wächter, a. a. O. S. 292 fg.

Kuppelei)[91]), hier nicht eine besondre Rücksicht der weltlichen Strafbarkeit aufstellen konnten und wollten, nur die angegebene der Verletzung eines göttlichen Gesetzes die bestimmende seyn konnte, die als eine anerkannte vorausgesetzt wurde. Diese hat sich denn auch in spätern Gesetzgebungen, selbst protestantischer Länder, erhalten, wo die Bedeutung des s. g. jus divinum nicht geringer war. Daß man in der strafrechtlichen Behandlung in der Folge von andern Grundsätzen ausging, da es hiefür an einer innern Rechtfertigung nicht fehlt, ist wohl zu billigen, und dafür, daß oft besser solche Frevel gar nicht ans Licht gezogen worden, wenn sie nicht schon unter Herbeiführung öffentlichen Aergernisses offen vorlagen, durfte man sich auf das Canonische Recht berufen[92]). Man mochte auch in der Verletzung der Sitte, die ihre Geltung im Rechte hat, einen Gesichtspunkt der Ahndungswürdigkeit finden, da man glaubte, die alte Ansicht verlassen zu müssen, sey es wegen der Consequenz, zu der diese hinsichtlich der Strafe führte, die man nicht mehr anerkennen konnte, sey es, weil man mit dem Princip der frühern Zeit völlig brach, worüber wir hier nicht weiter zu sprechen Veranlassung haben. Man konnte sich, gegenüber einem mißverstandenen Religions-Eifer und einem für den Staat und seine Gesetzgebung, die sich ihres eignen sittlichen Princips bewußt sind, nicht zu duldenden unmittelbaren Einflusse der Kirche, wohl auch darauf berufen, daß Tödtung, Diebstahl rc. stets als rein weltliche Verbrechen behandelt würden, und die Gebote „Du sollst nicht tödten", „Du sollst nicht stehlen", ungeachtet der

---

91) So die Folge in den Artt. 116—123 der P. G. O., welchen die Artt. 141—148 der Bamb. und Brand. H. G. O. und 122—129 der beiden Projekte entsprechen.

92) Mein Lehrbuch §. 553. Anm. Roßhirt, a. a. O. Band III. S. 125 fg.

vollen ihnen gebührenden Anerkennung doch nicht eine unmittelbare Wirksamkeit im Strafrechte hätten — wie denn die nothwendige Selbstständigkeit desselben und des Staats durchaus nicht zu dem Ergebniß einer gänzlichen Losreißung von dem führt, was diesem einen tiefern Gehalt verleiht und für die im Staate mit bestimmten Rechten und Pflichten lebenden Individuen die höhere Bewährung darbietet.

Aber daraus dürfte nicht gefolgert werden, daß, wie Roßhirt [93]) richtig bemerkt, „in der neuesten Zeit, wo Alles auf Rechtskränkung hinausgeführt werden sollte, man für dieses — Delict keinen Platz im Strafrechte finden wollte." Die neuesten Gesetzgebungen sind wieder zu richtigern Ansichten zurückgekehrt [94]).

§. 14.

In dem folgenden Art. „Straff der Unkeusch mit nahent gesipten freunden" [95]) dürfte wohl nur eine entfernte Spur religiöser Beziehung gefunden werden. Die Bamberger und Brandenburger H. G. O. bedrohen den Incest mit nächsten Verschwägerten mit derselben Ahndung, die sie auf den Ehebruch setzen [96]) und fügen hinzu: „Aber von neher unkeusch wirt um zucht und ergerniß willen zu melden unterlassen, wo aber noch nehere und bößlichere unkeusch geübt würdt,

---

93) a. a. O. S. 126, wo die Anmerkungen zu dem bayr. Strafgesetzbuch Art. 186 in Bezug genommen werden.

94) S. z. B. das Preußische Strafgesetzbuch vom J. 1851. Art. 143. — Ueber das Vergehen im Allgemeinen: v. Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrechte. Leipzig 1835. S. 180 fg.

95) Bamb. u. Brand. H. G. O. Art. 142, beide Projekte Art. 123. und P. G. O. Art. 117.

96) Bamb. und Brand. H. G. O. Art. 145.

Kuppelei)[91]), hier nicht eine besondre Rücksicht der weltlichen Strafbarkeit aufstellen konnten und wollten, nur die angegebene der Verletzung eines göttlichen Gesetzes die bestimmende seyn konnte, die als eine anerkannte vorausgesetzt wurde. Diese hat sich denn auch in spätern Gesetzgebungen, selbst protestantischer Länder, erhalten, wo die Bedeutung des s. g. jus divinum nicht geringer war. Daß man in der strafrechtlichen Behandlung in der Folge von andern Grundsätzen ausging, da es hiefür an einer innern Rechtfertigung nicht fehlt, ist wohl zu billigen, und dafür, daß oft besser solche Frevel gar nicht ans Licht gezogen worden, wenn sie nicht schon unter Herbeiführung öffentlichen Aergernisses offen vorlagen, durfte man sich auf das Canonische Recht berufen[92]). Man mochte auch in der Verletzung der Sitte, die ihre Geltung im Rechte hat, einen Gesichtspunkt der Ahndungswürdigkeit finden, da man glaubte, die alte Ansicht verlassen zu müssen, sey es wegen der Consequenz, zu der diese hinsichtlich der Strafe führte, die man nicht mehr anerkennen konnte, sey es, weil man mit dem Princip der frühern Zeit völlig brach, worüber wir hier nicht weiter zu sprechen Veranlassung haben. Man konnte sich, gegenüber einem mißverstandenen Religions-Eifer und einem für den Staat und seine Gesetzgebung, die sich ihres eignen sittlichen Princips bewußt sind, nicht zu duldenden unmittelbaren Einflusse der Kirche, wohl auch darauf berufen, daß Tödtung, Diebstahl ꝛc. stets als rein weltliche Verbrechen behandelt würden, und die Gebote „Du sollst nicht tödten", „Du sollst nicht stehlen", ungeachtet der

---

91) So die Folge in den Artt. 116—123 der P. G. O., welchen die Artt. 141—148 der Bamb. und Brand. H. G. O. und 122—129 der beiden Projekte entsprechen.

92) Mein Lehrbuch §. 553. Anm. Roßhirt, a. a. O. Band III. S. 125 fg.

§. 15.

Wichtiger ist für uns die Geschichte der Behandlung des Verbrechens der Entführung. Die Bamberger und Brandenburger H. G. O. geben dem Art. 143 die Ueberschrift: „Straff der jhenen, so Eeweyber, Junckfrawen oder Closterfrawen emphüren." Nachdem hier dem Entführer einer Ehefrau oder einer unverleumdeten Jungfrau, wenn der Gatte oder Vater peinlich klagt („unangesehen ob die Eefraw oder junckfraw jren willen dazu giebt") die Todesstrafe durch Enthauptung gedroht ist, heißt es am Schlusse: „Deßgleychen sollen gestrafft werden, die ihenen so geystlich Closterfrawen emphüren, oder mit scheinlichen werken solches zuthun understeen."

Für diese letztere Bestimmung hatte man schon das römische Recht als Vorgang[29]). In der L. 54. Cod. de episc. et cler. von Justinian wird der religiöse Gesichtspunkt an die Spitze gestellt: „Raptores virginum vel viduarum vel diaconissarum, quae Deo fuerint dedicatae, pessima criminum peccantes, capitis supplicio plectendos esse decernimus; quod non solum ad injuriam hominum, *sed et ad ipsius omnipotentis Dei irreverentiam committitur.*"

---

29) Im Theod. Cod. wird neben den Titel de raptu virginum vel viduarum (IX. 24) der andre gesetzt: de raptu vel matrimonio *sanctimonialium* virginum vel viduarum (IX. 25). Im Justin. Codex ist es ein Titel de raptu virginum seu viduarum, *nec non sanctimonialium* (IX. 13), vgl. L. 54. Cod. *de episcopis et clericis* (I. 3) Nov. 123. Cap. 43, deren Inhalt aufgenommen ist in C. 30. Caus. XXVII. Qu. 1. (vgl. Savigny, Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter; Band II. S. 274 fg. und Roßhirt, Lehrbuch des Crim. R. Heidelberg 1821. §. 209. Not. 2.)

Die Aufnahme einer solchen Bestimmung in die H. G. O. für das Bisthum Bamberg im Jahr 1507 hatte ihre Berechtigung, und war den herrschenden Ansichten entsprechend; auch für die Brandenburgisch-Fränkischen Lande war im J. 1516 keine Veranlassung, etwas Abweichendes anzuordnen. Ohne Zweifel sollte auch, da die im ersten Falle aufgestellte Voraussetzung des zur Klage Berechtigten nicht Platz greift, von Amtswegen [100]) oder auf Veranlassung der Klosterobern verfahren werden. Aber schon die beiden Projekte Art. 124 erwähnen der Entführung von Klosterfrauen nicht mehr, und eben so wenig die mit diesen übereinstimmende P. G. O. Art. 118.

Schwerlich war die Absicht, hier stillschweigend das römische Recht zu bestätigen. Man muß vielmehr an eine wohlüberlegte Anwendung dessen denken, was die Bamberger H. G. O. bestimmt hatte, und es als richtig anerkennen, daß „die religiöse Idee des Klosterlebens, welche der Grund jener Strafsätze war, schon zu jener Zeit ihrer Vernichtung entgegenging." Diese Ansicht, welche Roßhirt aufstellt [101]), wird auch von Wäch-

---

100) Vgl. Bamb. und Brand. H. G. O. Art. 10, beide Projekte und C. C. C. Art. 6.

101) Roßhirt sagt a. a. O. S. 483: „Noch ist sonderbar, daß in der Carolina der Entführung der Klosterfrauen nicht gedacht ist, welche in der Bambergensis ganz vorzüglich hervorgehoben wurde." (In der Not. 5. setzt er hinzu: Auch der conatus soll hier mit der Todesstrafe belegt werden „oder mit scheinlichen werken solches zu thun unterkeen.") Freilich findet man den Schlüssel leicht, wenn man die Verhältnisse jener Zeit und den Umstand in Betracht zieht, daß Schwarzenberg selbst später sich hier für berechtigt hielt, seine Tochter aus dem Kloster zu entnehmen; die religiöse Idee des Klosterlebens, welche der Grund jener Strafsätze war, ging ja schon in jener Zeit ihrer Vernichtung entgegen." Wenn der Schlüssel sich so leicht findet, so kann

ter [102]), welcher bemerkt, daß „die Wenigsten sich auf die Frage einlassen, warum wohl die Carolina der Klosterfrauen nicht erwähnt, während dies doch die Bambergensis thut?" getheilt und weiter ausgeführt. Und gewiß darf man hier eine Berücksichtigung der bereits anerkannten protestantischen Lehre und der derselben zugethanen Reichsfürsten finden, welche nicht in eine Strafbestimmung willigen konnten, die, an sich und in ihren Folgen, für sie nicht Geltung haben durfte. Daher würde auch eine stillschweigende Gutheißung der Bestimmungen des Römischen und Canonischen Rechts einen Widerspruch mit den Grundsätzen enthalten haben, die sich damals geltend machten. Ohne Zweifel ging die Meinung dahin, gemeinrechtlich nichts über jenen Punkt zu bestimmen, über den die Evangelischen wesentlich andere Grundsätze auf andern Voraussetzungen hatten, und das Erforderliche den Landesgesetzgebungen zu überlassen [103]).

§. 16.

Auch das Verbrechen der Bigamie ist von einem religiösen Standpunkte aus aufgefaßt, die Handlung wird mit ausdrücklichen Worten als gegen die Heilig-

---

die in der P. G. O. getroffene Abänderung nicht sonderbar, sie muß vielmehr erklärlich und natürlich genannt werden. Vgl. noch J. H. Boehmer J. E. P. Tom. V. p. 201.

102) Abhandlungen aus dem Strafrechte. Leipzig 1835. Bd. I. S. 85 fg. Dagegen, ohne Grund, zum Theil Hepp im Archiv Bd. XIV. S. 489.

103) Wächter bemerkt S. 84 fg.: „in der That wird in protestantischen Staaten kein Gesetz die Wegführung einer freiwillig folgenden Klosterfrau für ein Verbrechen der Entführung erklären" und setzt Not. 74 hinzu: „Wenn die Handlung wider ihren Willen vorgenommen sey, so müsse sie natürlich, nach den (von ihm S. 72. Nr. I. angeführten) allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden." Vgl. Confess. August. Art. 27.

keit der Ehe gerichtet und als Mißbrauch derselben bezeichnet; wogegen alles Andere, was dabei concurrirt, als Mittel gebraucht wird, oder als Folge eintritt, eine untergeordnete Stelle einnimmt. Man hat dies nicht selten übersehen, oder, indem man jenen Standpunkt da, wo die Ehe nicht als Sacrament betrachtet wird, nicht annehmen zu können glaubte, absichtlich dem andern Gesichtspunkte eine größere Bedeutung beigelegt, wozu allerdings, neben der veränderten Auffassung, auch die Ausdrucksweise des Gesetzes mit Veranlassung bot. So ist man — vollends unter dem Einfluß der durchaus falschen Ansicht von der Ehe, als eines Vertrages [104]), wodurch deren sittliche Objektivität verkannt wird, die wir, ohne deshalb die sacramentale Eigenschaft anzunehmen, anerkennen müssen — zu Ergebnissen gelangt, welche weder dem Begriffe noch dem Gesetze entsprechen, namentlich was die Erfordernisse des Thatbestandes und die Vollendung betrifft. Hierauf habe ich bereits früher aufmerksam gemacht [105]).

Eine nähere Betrachtung des geschichtlichen Verhältnisses wird dies bestätigen und vielleicht auch für die praktische Seite nicht ohne Nutzen seyn.

Die Bamberger und die Brandenburger H. G. O., welche in dem Art. 146 „Straff des übels das in gestalt zwifacher Ee geschiht" in großer Ausführlichkeit von diesem Verbrechen handeln, beginnen mit den Worten: „Item so ein Eman ein ander weyb, oder

---

104) Vgl. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts §. 161. v. Savigny, System des römischen Rechts, Th. III. S. 319 und Not. f. Gitzler, Handbuch des gemeinen und Preußischen Eherechts der Katholiken und Evangelischen. Breslau 1840. Einl. S. 4 fg. Mein Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 519.

105) Mein angef. Lehrbuch §. 530.

ein Eeweyb ein andern man, in gestalt der heyligen Ee, bey leben des ersten Eegesellen nimpt", und setzen darauf zum Theil aus dem römischen Rechte entlehnte Nachtheile, unter andern auch am Vermögen, zum Theil neu hinzutretende Ahndungen.

Von den beiden Projekten hat das erste Art. 127 mit geringen, nachher zu berührenden Abweichungen, die Art. 146 der Bamb. und Brand. H. G. O. wiederholt, und insbesondere mit diesen ausgeführt, wie zwar die an manchen Orten bestehende Gewohnheit, solches Verbrechen am Leben zu ahnden, gemißbilligt werde, da auch „die gemeinen kayserlichen Rechte deshalb keine todesstrafe setzen", dennoch unter besonders erschwerenden Umständen, nach Rath der Rechtsverständigen, auch diese Strafe solle erkannt werden dürfen. Das zweite Projekt, Art. 127. behält gleich dem ersten und den beiden vorhergegangenen H. G. O. die Aufstellung des Gesichtspunktes der Verletzung der Heiligkeit der Ehe bei, kürzt dagegen die ganze Ausführung namentlich der Gründe für und wider die Todesstrafe ab, und fügt durch die Bezugnahme auf den Ehebruch, auch hinsichtlich der nicht näher angegebenen Strafe, ein neues Moment hinzu, auf welches man, wie gesagt, ein zu großes Gewicht gelegt hat, wofür jedoch die veränderte Ansicht in der Zwischenzeit über das Wesen der Ehe, mit einigem Schein geltend gemacht werden kann [106]. Der Art. 121 der P. G. O. ist, von der Schreibart abgesehen, ganz gleichlautend. Zum Zweck unserer weitern Erörterung nehme ich ihn hier auf:

„Item so eyn ehemann eyn ander weib, oder eyn eheweib eyn andern mann, in gestalt der heyligen ehe bei leben des ersten ehegesellen nimbt, welche übel-

---

106) Wächter, Abhandlungen rc. S. 140.

that dann auch eyn ehebruch und grösser dann das selbig laster ist, und wiewol die Keyserlichen recht auff solch übelthat keyn straff am leben setzen, So wollen wir doch welcher solchs lasters betrüglicher weiss, mit wissen und willen ursach gibt und vollbringt, daß die nit weniger dann die ehebrüchigen peinlich gestrafft werden sollen."

Diese Vorschrift, die nicht alle denkbaren Fälle erschöpft, welche strafbar seyn können, ist nun auf verschiedene Weise ausgelegt worden. Ich übergehe den hieher gar nicht gehörenden Fall der s. g. successiven Polygamie, und den im Röm. R. erwähnten bei uns wegen der Form der Schließung der Ehe nicht möglichen Fall, „daß eine unverheirathete Person zugleich mit zwei unverheiratheten Personen andern Geschlechts eine Ehe eingeht" [107]). Die einheimische Gesetzgebung berührt nur die Handlung einer verheiratheten Person, welche während des Bestehens dieses ihres ehelichen Verhältnisses ein neues eingeht. Wächter [108]) stellt hier die Gesichtspunkte auf, von welchen möglicherweise eine Gesetzgebung bei der strafrechtlichen Behandlung solchen Frevels ausgehen kann. Der eine ist der der Polygamie überhaupt, wo für die erste und zweite Ehe die animi desti-

107) Wächter a. a. O. S. 146. L. 1. in f. D. de his qui notantur inf.: „Quive bina sponsalia, binasve nuptias *in eodem tempore* constitutas habuerit." L. 13. §. 2—4. D. eod. Also eigentlich nicht eine Ehe eingeht, worauf auch nicht die Absicht gerichtet ist, sondern zwei Ehen, da hiebei für die strafrechtliche Seite es nur darauf, nicht auf die etwanigen civilrechtlichen Folgen ankommt. S. noch L. 2. Cod. de incest. nupt. und L. 18 pr. Cod. ad leg. Jul. de adult. In letzterer Stelle heißt es am Schluß: „in ea namque re non *juris effectus*, quo cives nostri matrimonia contrahere plura prohibentur, sed *animi destinatio* cogitatur." S. noch die bei Wächter angef. Jarcke Handbuch des Straf-R. III. S. 67. Not. 8. vgl. mit Heffter Lehrb. §. 45. Not. 2. Henke Handb. II. S. 301. Mein Lehrbuch §. 527.

108) a. a. O. S. 148.

natio der Eingehung der Verbindung unter der Beobachtung der Eheformen hinreiche, dagegen auf die Gültigkeit der ersten Ehe und auf die s. g. Consummation der zweiten nichts ankomme [109]).

Der zweite Gesichtspunkt soll seyn, daß „man hauptsächlich die Verletzung der ehelichen Treue, jedoch ohne einen wahren Ehebruch zu fordern, ins Auge faßt, also die Bigamie dann als vorhanden annimmt, wenn ein Ehegatte eine bigamische Ehe abschließt, somit in diese zweite Ehe an sich, und die durch sie begangene Verletzung der ehelichen Treue, welche durch die concurrirende Polygamie einen besonderen strafrechtlichen Charakter bekommt, das Wesen der Bigamie setzt [110]).

„Der dritte mögliche Gesichtspunkt ist, daß man die Bigamie als einen, unter der Form und dem Schein von zweiter Ehe begangenen, wahren Ehebruch auffaßt, welcher durch die damit concurrirende besondere Ver-

---

109) „Concurrirt in einem solchen Falle eine Verletzung der ehelichen Treue, ein vollendeter Ehebruch, oder ein versuchter: so müßte dies einen Straferhöhungsgrund bilden; und das Gleiche wäre der Fall, wenn zugleich ein Betrug am zweiten Ehegatten begangen würde." Dies scheint mir zwar unter gewissen Voraussetzungen (s. z. B. a. a. O. S. 149. Note 9. 10), aber nicht durchgängig richtig; es läßt noch eine andere Auffassung zu, insbesondere ist die Verletzung der ehelichen Treue nicht stets erst dann begründet, wenn jene concurrirenden Umstände eintreten. Sie liegt unmittelbar in der Polygamie, die eben das Strafbare ist, wo nur die Monogamie rechtlich und sittlich anerkannt wird.

110) In diesem Fall erst läßt Wächter den Gesichtspunkt eintreten, den ich schon als bei dem ersten vorhanden angedeutet habe. Wenn aber, obschon die Verletzung der ehelichen Treue das eigentlich Strafbare ist, dennoch und mit Recht, das Abschließen der bigamischen Ehe als das Wesen der Bigamie gilt, so kann doch wohl die Polygamie nicht als blos concurrirender und den strafrechtlichen Charakter der Handlung nur besonders bestimmender Umstand in Betracht kommen.

letzung der Ehegesetze besonders strafbar erscheint." [111]) Demnach müsse der volle Thatbestand des Ehebruches, und daß die zweite Verbindung während der Dauer der ersten unter Beobachtung der äußern Eheformen eingegangen sey, erfordert werden [112]). Die Behauptung, daß die Carolina von dem dritten Gesichtspunkte ausgehe [113]), wogegen die Bamberger H. G. O. und der erste Entwurf vom J. 1521 von dem zweiten, erscheint schon darum ungegründet, weil in der That, ungeachtet der oben erwähnten Abänderungen, welche der zweite Entwurf und die C. C. C. selbst getroffen haben, der entscheidende Gesichtspunkt in allen diesen Werken mit denselben Worten angegeben wird. Dieser liegt in den Worten: „in Gestalt der heiligen Ehe", die man nicht so leichthin übersehen oder als blos *gelegentliche* Aeußerung, im Verhältniß zu andern Momenten, die das Uebergewicht hätten, betrachten darf. Ich habe auf dieselben schon früher an verschiedenen Orten aufmerksam gemacht [114]). Wie man diese deutliche Bestimmung bei Seite setzen konnte, die noch dazu in dem Canonischen Rechte und der damaligen Auffassung der christlichen Ehe ihre Stütze und Begründung hat, würde kaum zu begreifen seyn, wenn man nicht annehmen dürfte, daß dazu die übrige Fassung des Art. 121 in einer Zeit und unter Verhältnissen Veranlassung gegeben, wo man von der Annahme des Sacraments der Ehe nicht mehr allgemein ausging, und sich nach strengeren Erfor-

111) Vgl. Wächter a. a. O. S. 150.

112) a. a. O. S. 149 fg.

113) oder „auszugehen scheine" a. a. O. S. 151. S. jedoch auch S. 145. Not. 2.

114) Z. B. mein Lehrbuch der Straf-R. W. §. 527—531, besonders § 529, wo die Streitfragen nach den verschiedenen Gesichtspunkten erörtert werden.

vermissen des Thatbestandes ansehen zu müssen glaubte, damit die Anwendung der immerhin schweren Strafe beschränkt werde. Welchen Einfluß dies namentlich auf die Bestimmung dessen hatte, was zum Thatbestande des vollendeten Verbrechens gehöre, ist mit Rücksicht auf jene Gesichtspunkte bereits genügend ausgeführt worden [115]). Nach meiner Ansicht muß mit Schließung der zweiten (bigamischen) Ehe, der Form nach, ohne Rücksicht auf sonstige Bedingungen der Consummation und auf eine noch weitere Verletzung der Treue — da schon dies hinreicht — das Verbrechen der Bigamie als vollendet betrachtet werden [116]). Es soll nicht wiederholt werden, daß die Worte: „welche übelthat dann auch ein Ehebruch und größer denn dies laster ist", keineswegs in dem Zusammenhange, wo sie gebraucht werden, nur die Bedeutung haben, die Bigamie als eine Unterart des Ehebruchs, der allerdings auch darin enthalten ist, zu bezeichnen; denn daß diese Handlung ein selbstständiges Verbrechen begründet [117]), wird selbst von den Vertheidigern der Ansicht nicht bezweifelt, gegen die wir uns erklären. Eben so wenig mag man aus der veränderten Fassung gegenüber der Bamb. und Brand. H. G. O. und den ersten Projekten, welche nur die Strafe,

---

115) S. die in meinem Lehrb. a. a. O. angef. Roßhirt, Wächter, Henke, Heffter, und die bei Wächter Abh. S. 151 erwähnten Feuerbach, Grolman, Martin, Jarcke, Tittmann.

116) Mein angef. Lehrbuch §. 529. 530.

117) Wie ich denn auch ausgeführt habe, daß noch ganz andere Motive als die vorübergehenden des eigentlichen Ehebruchs hier statt finden können und meist werden, wo es zur wirklichen kirchlichen Schließung der zweiten Ehe kommt, die nach den jetzigen Erfordernissen kaum ohne einen concurrirenden Betrug an der geistlichen und weltlichen Behörde möglich ist, während nicht überall ein Betrug gegen den andern Theil verübt wird. Mein Lehrbuch S. 666 fg.

nicht die Natur des Verbrechens betrifft, etwas schließen. Wir stellen die Bedeutung aller andern concurrirenden Momente der Strafbarkeit, die durch die abgekürzte Fassung der P. G. O. nicht von der rechtlichen Berücksichtigung ausgeschlossen werden, keineswegs in Abrede. Aber das Wesen des Verbrechens müssen wir, mit dem Gesetze in dem Mißbrauch „der gestalt der heiligen Ehe" erkennen. Es ist daher auch nicht nöthig, um die Bezeichnung „zweifache Ehe" zu retten, wofern ein Fall zur Beurtheilung vorläge, da Jemand nicht blos eine zweite, sondern auch dritte, vierte Ehe, unter den erwähnten Voraussetzungen eingegangen hätte, die künstlichen Auswege einzuschlagen, wonach entweder jede fernere Ehe nur in Bezug auf die allein gültige erste Ehe strafbar, mithin eine Doppelehe seyn soll [118]), was unbedenklich zuzugeben ist, oder, wenn einmal die Doppel-Ehe geschlossen war, jede fernere Ehe strafrechtlich nicht in Betracht komme, worüber Wächter [119]) bemerkt, daß dieses nach der Carolina, welche die Bigamie blos als Ehebruch auffaßte, nur in so weit der Fall sey, als die Concurrenz mehrerer Ehebrüche die Strafe des Ehebruchs nicht erhöhe [120]), jedoch mit Recht hinzufügt, daß auch unsere Praxis, welche

118) Heffter Lehrbuch §. 249. Not. 1.

119) a. a. O. S. 145.

120) Abgesehen davon, daß ich den Obersatz über die Auffassung der Bigamie nur als Ehebruch in der C. C. C. nicht einräumen kann, muß dieser Schluß beschränkt werden. Im Verhältniß zu denselben Personen mag eine Concurrenz mehrerer Ehebrüche, d. h. wiederholte den Ehebruch begründende Handlungen, allenfalls kein Erhöhungsgrund seyn, wiewohl bei unbestimmter Strafe dies doch als ein Zumessungsgrund zu berücksichtigen ist; aber wenn Jemand, mit verschiedenen Personen — unter Umständen, wo nicht wegen früher bereits erlittener Strafe ein Rückfall vorhanden ist — im Ehebruch lebt, da ist jene Behauptung ungegründet und die Praxis wohl gerechtfertigt.

die Bigamie auf die gleiche Weise auffaßt, bei der jetzt angenommenen arbiträren Strafe des Verbrechens — dieses als erschwert betrachten und die Strafe erhöhen werde, wenn noch mehr als zwei Ehen geschlossen wurden [121]).

Der Ausdruck „zweifache Ehe", der in den Ueberschriften vorkommt, findet sich im Texte so wenig als ein anderer gleichbedeutender; es ist die Rede davon, daß Jemand „in gestalt der heiligen Ehe bei leben des ersten ehegesellen einen andern nimbt." Anderer heißt allerdings, auch und zunächst, besonders in der ältern Sprache, soviel als zweiter; aber doch nicht ausschließend. Es bedarf keiner Berufung auf ein Argument vom Gegentheil aus L. 12. D. de Testibus [122]), um zu zeigen, daß wenn der Begriff Mehrerer schon durch Zwei erfüllt werde, insbesondere da wo von verbotenen Handlungen die Rede ist, mehrere solche nicht mindestens auch zwei bedeuten, und was von diesen gilt, für jene im erhöhten Maaßstabe in Anwendung kommen müsse. Wie sollte der schwere Frevel, daß Jemand die kirchlichen Feierlichkeiten in solcher Weise („gestalt der heiligen Ehe") mehr als einmal mißbraucht, unbeachtet bleiben?

Der wichtigste Einwand würde seyn, daß die Evangelischen die Ehe nicht als Sacrament anerkennen [123]);

---

121) a. a. O. Not. 2. a. E. „Jedenfalls aber gelten, wie allgemein angenommen wird, die Strafbestimmungen der Gesetze über zweifache Ehe zum wenigsten auch bei einer mehrfachen."

122) Ulpian: „Ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficient; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est."

123) Hepp im Archiv XIV. S. 347 sagt: „Faßt man beide Delikte (Ehebruch und Bigamie) mit der P. G. O. als qualificirte Fleischesverbrechen auf" (— davon steht kein Wort in der P. G. O.) „so werden zwar alle jene Consequenzen" (nämlich andere Auffassungen) „glücklich vermieden. Allein dieser Gesichtspunkt wollte nie recht behagen" (gewiß mit

Dann aber hätten wir hier ein Beispiel, wie ungeachtet der sonst wohl bei der Schlußredaktion der P. G. O. beobachteten Rücksicht auf die Protestanten, wovon wir an mehreren Stellen zu sprechen Gelegenheit gehabt haben, diesmal eine solche nicht statt fand. Das findet sich zwar noch einmal recht hervortretend bei dem Kirchenraub und Diebstahl [124]). Allein, da die Evangelische Kirche nicht minder die Heiligkeit der Ehe erkennt, wenn sie auch nicht derselben die sacramentale Eigenschaft beilegt und die besondern Folgen anerkennt, welche das katholische Kirchenrecht in Betracht der Ausschließung der Ehescheidung und der Wiederverheirathung bei einer nicht durch den Tod des einen Ehegatten getrennten Ehe annimmt, so lag ein Grund diese Fassung des Art. 121 zu verändern wohl nicht vor. Die Veranlassung wäre sonst nahe genug gewesen, da gerade dieser Artikel gegen die frühere beliebte Fassung so sehr verändert und abgekürzt wurde. Grade der Umstand, daß das in allen früheren Redaktionen aufgestellte, das Verbrechen seinem innern Grund nach bezeichnende Motiv der hohen Strafwürdigkeit, mit denselben Worten beibehalten worden, dürfte dafür sprechen, daß man Seitens der Evangelischen keinen Anstoß, keine Beeinträchtigung hier fand. Gegen die Anwendung der praktischen Folgen auf einen sich wieder verheirathenden, vom Bande der Ehe geschiedenen Evangelischen,

---

gutem Grunde) „entweder weil man ihn gegen die Heiligkeit der Ehe gehalten, zu vulgär und trivial fand, oder" (dies ist ein falscher Gegensatz, denn es folgt aus der richtigen Ansicht von jener Trivialität) „weil man glaubte, einen entsprechenden Gesichtspunkt auffinden zu müssen. Zu diesem gehören: die Verletzung des Sacraments, ein Gesichtspunkt der aber auf das protestantische Deutschland nicht anwendbar ist." Vgl. indeß Dr. M. Luthers Traubüchlein.

124) Vgl. P. G. O. Art. 171. 172 mit Bamb. und Brand. H. G. O. Art. 197. 198. und den beiden Projekten Art. 178. 179. und was darüber weiter unten zu bemerken seyn wird.

dessen Ehegatte noch am Leben war — ein Fall den man damals übrigens schwerlich sich ganz deutlich machte — bedurfte es keiner Sicherung, und wo diese bei der, auch in unserer Zeit stattfindenden Streitfrage in der Praxis (wenn man es eine Streitfrage nennen darf, worüber jede Confession bestimmte, und aus ihren Principien folgerichtig sich ergebende Regeln aufstellt) etwa Bedürfniß sind, da sehen wir, daß eine Abhülfe nicht darin liegt, jene Bedeutung der Worte „heilige Ehe" zu beseitigen, oder, wie es die neueren Gesetzgebungen thun, solche ganz wegzulassen. Für jeden Andern — für den einer wahren Bigamie Schuldigen eine andere Beurtheilung zu fordern, als nach dem Gesichtspunkt eines Frevels an der Heiligkeit der Ehe [125]), lag kein Grund vor, und man hat keine Berechtigung, durch Voraussetzung eines solchen die Meinung zu rechtfertigen als sollte der immer wiederkehrenden Bezeichnung auf einmal in der P. G. O. ein anderer Sinn, als der ursprüngliche beigelegt werden, wo man denn um in den sonst gebrauchten Worten des Gesetzes eine Stütze zu finden, ganz besonders Gewicht auf den „Ehebruch" und das „betrüglicherweiß" gelegt hat — was den Regeln geschichtlicher und logischer Auslegung so wenig entspricht, als man die Folgerungen gut heißen kann, die sich aus den willkürlich aufgestellten Prämissen ergeben. Wir wollen jedoch nicht verschweigen, daß die moderne Betrachtungsweise zum Theil eine andere ist, was sich übrigens leicht aus der Geschichte der wissenschaftlichen Behandlung und der Praxis erklärt, — aber deshalb noch nicht rechtfertigt.

---

125) Denn diese und die Ehe, als von Gott eingesetzt, erkennt die evangelische Lehre nicht minder an. Zu welchen Folgen die Auffassung der Ehe als blos bürgerlichen Vertrages und die Einführung der s. g. Civil-Ehe führen, ist hier nicht zu erörtern. Zur Zeit der Reformation hatte man davon keine Vorstellung. S. oben Not. 104.

§. 17.

Der Art. 123 der P. G. O. „Straff der verkupplung unnd helffen zum ehebruch“ [126]) bezeichnet gleich den Vorgängern [127]) die hier angegebenen verbrecherischen Handlungen ausdrücklich als „sündliche Werke.“

Wir wollen zwar auf dieses Wort, welches weder Gobler noch Remus in ihren Uebersetzungen wiedergeben [128]), nicht ein besondres Gewicht legen, da nicht die Absicht dahin gehen sollte, hier grade, was ja auch bei den unmittelbar vorher erwähnten Verbrechen (Ehebruch, Kuppelei des Gatten oder Vaters) hätte geschehen können, ein Verbrechen von vorzugsweise religionswidriger Richtung aufzustellen. Allein es darf an die Auffassung aller dieser Vergehen, als zugleich gegen ein göttliches Gebot gerichtet, erinnert werden, wie denn auch hier das Mosaische und Canonische Recht für die Würdigung der verwerflichen Handlung maaßgebend sind [129]), während in Betreff der Bestrafung theils eigne Bestimmungen aufgestellt sind, theils die Praxis dem Römischen Rechte wenigstens Anhaltepunkte entlehnte. Ja diese und ähnliche Verbrechen wurden auch später noch in Protestantischen

---

126) Vom Ehebruch, zu welchem eine Gelegenheit gegeben worden, handeln noch besonders die Bamb. und Brand. H. G. O. Art. 148 a. E. Schon die beiden Projekte Art. 129 lassen diese Stelle hinweg; das zweite enthält zugleich, mit Vermeidung einer unnöthigen Wiederholung in Betreff des Leihens der Häuser, eine etwas veränderte Fassung. Die C. C. C. im Anschluß an das zweite Projekt hat gleichfalls nicht jene Schlußbestimmung von „Helfen zum Ehebruch“, da schon die Einleitung, wo die Rede ist von „jungkfrewlicher oder frewlich ehr“, das Erforderliche enthält.

127) Siehe die in der vorhergehenden Note angef. Artikel.

128) S. die von mir besorgte Ausgabe der Interpretatio J. Gobleri und der Nemesis Carulina G. Remi. Heidelb. 1824) [illegible] P. 134. 135.

129) [illegible] was oben Note 34 über die „Delikte wider das sechste [illegible] erwähnt ist. Malblank a. a. O. S. 216.

Gesetzgebungen, vornehmlich in den Kirchen-Ordnungen vorgesehen, der geistlichen oder Consistorial-Gerichtsbarkeit unterworfen und zum Theil mit Kirchenstrafen und Bußen belegt [130]). Es ist ein Fortschritt, daß die kirchliche Gerichtsbarkeit in ihre richtigen Grenzen gewiesen und auf die Heilmittel beschränkt worden, die in dem Gebiet und dem Princip des Kirchlichen liegen, aber für den geschichtlichen Standpunkt der auch in der P. G. O. behandelten Lehren muß als unzweifelhafte Thatsache jene tiefere Würdigung der Verwerflichkeiten angeführt werden, die in den Gesetzgebungen unsrer Zeit aufgegeben ist, wodurch zwar gewisse Nachtheile der frühern Behandlung vermieden sind, zugleich aber auch der Verlust des Guten herbeigeführt ist, welches damit verbunden war, und das möglicher Weise hätte erhalten werden können, ohne daß nothwendig den Mißständen, die Niemand in unsrer Zeit verkennt, eine Dauer gesichert worden wäre.

§. 18.

Ich versage mir jedoch hierüber eine weitere Ausführung und wende die Betrachtung dem nun an die Reihe kommenden Art. 131 der P. G. O. zu, dessen Ueberschrift lautet: „Straff der weiber so jre kinder tödten."

Hier wird ausführlich von dem Verbrechen des jetzt s. g. Kindesmords (in der weiteren Bedeutung, wo auch die selbst nur fahrlässige Verursachung des Todes mit inbegrif-

---

130) Vgl. z. B. Chur-Sächs. Kirchen-Ordnung vom J. 1580 Mandat v. 30. Sept. 1609, die Ehe-Ordnung v. 1624, und darüber v. Wächter a. a. O. S. 179. Not. 39. S. 191, Not. 58. und S. 211. In Betreff Württemberg's Derselbe: „Die Strafarten und Strafanstalten des Königreichs Württemberg." S. 252. Preußens: Mein Versuch einer Geschichte des Strafrechts und der Strafgesetzgebung der Brandenburg-Preuß. Lande S. 148. Not. 192. J. H. Boehmer J. E. P. I. 28. 3. V. 8. 1. 25 fg. 63 fg.

fen ist), als eines eigenthümlichen von der Mutter an ihrem neugebornen Kinde verübten, gehandelt. Bei aufmerksamer Durchsicht des Artikels, welcher mit den entsprechenden der vorausgegangenen Gesetzeswerke und Entwürfe übereinstimmt [131]), wird man leicht die Ueberzeugung gewinnen, daß die Absicht nicht dahin ging, diese Handlung, welche unter den Begriff des Verwandtenmordes (sofern sie Mord ist) fällt, gelinder als diesen und selbst als den gewöhnlichen Mord zu bestrafen [132]). Die jetzt in Lehrbüchern und auch in den neuern Gesetzgebungen aufgestellte Ansicht, wonach eine mildere Behandlung der Thäterin gerechtfertigt seyn sollte, läßt sich vertheidigen, aber sie kann weder geschichtlich, noch für das gemeine Recht dogmatisch-praktisch, aus den angeführten Rechtsquellen abgeleitet und begründet werden. Ich kann unter Bezugnahme auf neuere Untersuchungen — und da jetzt wohl kaum die dem positiven Rechte untergelegten Behauptungen, besonders von Feuerbach, Grolman, Tittmann, als quellenmäßige vertheidigt werden — hierüber hinweggehen, und als festgestellt annehmen, daß die Abschaffung der furchtbarsten Art der Todesstrafe „um Verzweiflung zu verhüten" und zwar nur als Regel, so daß jene dennoch zur Anwendung kommen sollte, wenn bei Ueberhandnehmen des Verbrechens stärkere Abschreckungsmittel nothwendig erschienen [133]), — wenn man berücksichtigt, was

---

131) Bamb. und Brand. H. G. O. Art. 156; die beiden Projekte Art. 137.

132) S. besonders Hepp „über den Grund der mildern Behandlung des Kindermords, dogmengeschichtlich dargestellt", im Archiv des Crim. R. J. 1847. S. 188 fg. 299 fg.

133) P. G. O. Art. 131 „Item welches weib jre kind, das leben und glidmaß empfangen hett, heymlicher boßhaftiger williger weiß ertödtet, die werden gewonlich lebendig begraben und gepfelt, Aber darinnen Verzweiffelung zu verhütten, mögen die selben übelthätterin, in welchem gericht die bequemlichkeit des wassers

an die Stelle gesetzt wird, und den in andern Fällen gedrohten geschärften Todesstrafen entspricht — weder dem Inhalte nach eine Milderung im Verhältniß zur gewöhnlichen Strafe des Mordes, noch daß, wie über dieses Verbrechen gesprochen wird, eine hierauf gerichtete Absicht nachgewiesen werden könne [134]). Während z. B. in Art. 137 der C. C. C. Mörder und Todtschläger nur eben mit dieser Benennung bezeichnet und mit der gesetzlichen Strafe bedroht werden, so findet sich hier eine ausführliche Auseinandersetzung der Schwere der Missethat, und es wird ganz besonders diese, an dem „unschuldigen kindtlein" verübt, als ein „unchristliches und unmenschliches übel" geschildert. Man hat diese sonst bei keinem Verbrechen vorkommende Weise der Bezeichnung meist unbeachtet gelassen, und sie wohl nur als eine gelegentliche Aeußerung angesehen, die eine besondre praktische Bedeutung nicht haben soll. Letzteres ist richtig: das Ergebniß der Auslegung des Gesetzes ist nicht durch diese Worte bedingt, es würde völlig ein Gleiches seyn, wenn sie fehlten, oder durch andre die hohe Verwerflichkeit der Handlung angedeutet wäre. Weder Gobler noch Remus behalten in ihren Uebersetzungen

---

dazu vorhanden ist, ertrenkt werden. Wo aber solch übel offt geschehe, wollen wir die gewelten gewonheyt des vergrabens und pfelens, umb mer forcht willen solcher boßhaftiger weiber auch zulassen oder aber daß vor dem erdrenken die übelthätterin mit glüenden zangen gerissen werde, alles nach radt der rechtverständigen"; vgl. L. 16. §. 10. D. *de poenis*: „Nonnunquam evenit, ut aliquorum maleficiorum supplicia exacerbentur, quotiens nimirum *multis personis grassantibus exemplo opus sit.*" Meine Schrift: die verschiedenen Strafrechtstheorien S. 124. Not. 132. mit S. 88 (wo durch einen Druckfehler das Citat aus Claudius Saturninus unrichtig ist. Die richtige Stelle ist L. 16. §. 10. D. de poenis).

134) Mein Lehrbuch der Straf-R. W. §. 248. 249.

den Ausdruck „unchristlich" bei [135]), und die Commentatoren der P. G. O. übergehen denselben mit Stillschweigen.

Dennoch muß man annehmen, daß dieser Ausdruck, der grade nur hier gebraucht wird, während doch auch andere Arten des Verbrechens der Tödtung nicht blos gegen menschliche, sondern auch gegen göttliche Gesetze sind, und mehr oder minder dasselbe noch von vielen andern Uebelthaten gesagt werden kann — daß, meine ich, der Ausdruck „unchristlich", der bei den wiederholten Umarbeitungen des Werkes beibehalten worden ist, nicht ohne Bedacht gewählt worden sey.

Zwar ist bereits öfters, wenigstens im Allgemeinen darauf hingewiesen worden, daß die strafrechtliche Behandlung dieses Verbrechens unter dem Einflusse der christlichen Religion erfolgt sey [136]); ein näheres Eingehen findet sich aber vornehmlich in den Schriften von Roßhirt [137]) und von Hepp [138]), welcher letztere namentlich mehrmals den Nachdruck auf das Wort „unchristlich" legt, jedoch mehr nur um zu zeigen, wie entfernt man von der Absicht einer mildern Behandlung war. Offenbar ist damit nicht bestimmt, daß das Verbrechen in dem Sinne in einer Richtung gegen die Religion und näher gegen die christliche bestehe, wonach grade hierein das Charakteristische desselben gelegt werden müßte, wie bei den eigentlichen

---

135) Gobler übersetzt: „tam impii et inhumani crudelisque latrocinii." Remus: „infanticidii (criminis omnem στοργήν excedentis) indicia — s. die von mir veranstaltete Ausgabe S. 142. 143.

136) Mein Lehrbuch der Straf-R. W. §. 248. Anm. „Die eigentliche strafrechtliche Behandlung beginnt unter dem Einflusse der christlichen Religion."

137) Lehrbuch des Crim. §. 156. Anm. Weniger, in: Geschichte und System des deutschen Strafrechts, Th. II. S. 223 wo jene Worte unbeachtet bleiben. Jarke, Handbuch Th. II. S. 268 fg., übergeht diese Auffassung gänzlich.

138) a. a. O. S. 190. 198. 205. vgl. mit S. 231.

Religions-Verbrechen, von welchen wir bereits gehandelt haben; — das Wesentliche bleibt immer, daß es eine strafbare Tödtung, ein Mord und zwar ein Verwandtenmord ist, mit Verleugnung der heiligsten Gefühle der Natur. Wir wollen nun versuchen, jene Bezeichnung näher zu erklären und ihr für die Auffassung der Frevelthat die rechte Stelle anzuweisen.

So viel ist jedenfalls außer Zweifel, daß ein Gegensatz der christlichen Anschauung und der heidnischen hier ausgedrückt wird. Man fand diesen vorzugsweise bei der Behandlung der Kinder, insbesondere der neugebornen, weshalb das, was hier von der Tödtung gilt, auch auf verwandte Verbrechen, Aussetzung, und in Betreff des werdenden Menschen, auf die Abtreibung mit zu beziehen ist. Denn hiervon abgesehen, waren Mord und Todtschlag bei den nichtchristlichen Völkern, insbesondre bei den Römern und den germanischen Stämmen, überall Verbrechen, und mußten durch Strafen oder auf andre geeignete Weise (Wehrgeld, Composition rc.) gesühnt werden, wenn auch in Betreff der strafrechtlichen Behandlung Verschiedenheiten eintraten und in gewissen Fällen ausnahmsweise eine Tödtung straflos, ja erlaubt seyn konnte [139].

Roßhirt [140], dessen Ansicht Hepp beitritt [141], macht hierauf aufmerksam, jedoch in einem andern Zusammenhange, nämlich um die Meinung, eine in der P. G. O. beabsichtigte mildere Beurtheilung des Verbrechens des Kindermords, wie sie sich in der neuern Zeit geltend zu machen gesucht hat, zu widerlegen. Jener bemerkt, daß das römische Recht dieses Verbrechen (als durch die Mut-

---

139) Meine Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. Zweite Abhandlung: „Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tödtungen."

140) Lehrbuch §. 156.

141) in der angef. Abhandlung im Archiv S. 194.

ter verübt) nicht besonders hervorgehoben, sondern lediglich in das crimen parricidii eingeschlossen habe, wobei er sich auf L. 9. §. 3 (soll heißen §. 2.) D. *ad leg. Pomp. de parric.* beruft. Auch der größere Theil der ältern deutschen Volksgesetze habe dieses Verbrechen zwar nicht ungestraft wissen wollen, jedoch ebenfalls nichts besonderes darüber ausgesprochen: „Der Einfluß der christlichen Religion und des römischen Rechts, wovon der letztere in der Glosse zum Sachsenspiegel (über das parricidium) auch hier besonders erkennbar ist, wirkten [142]) dahin, daß die härteste der Todesstrafen gegen diese Verbrecherinnen zugefügt wurde."

Wichtiger als diese kurze geschichtliche Schilderung, der namentlich in Betreff des römischen Rechts noch Manches hinzuzufügen wäre [143]), ist, was Roßhirt in einer Anmerkung äußert: „Sie (die christliche Religion) stellt den Satz auf, daß die unmittelbar nach der Geburt folgende geistliche Wiedergeburt dem Menschen erst seine Würde giebt, und daß es daher ein grobes Vergehen gegen die Menschheit (und christliche Religion) ist, durch die Tödtung des Kindes die geistliche Wiedergeburt, sein eigentliches menschliches Wesen, zu verhindern" [144]).

---

142) Hepp S. 195 setzt hier in Parenthese hinzu: „aber später"; vgl. de Boehmer ad art. 131. §. XVII.

143) Mein Comm. de antiquiss. Romanorum jure criminali §. 36. Not. 116. Rein, das Crim. R. der Römer S. 339 fg. Für das ältere deutsche Recht s. Wilda Strafrecht der Germanen S. 724 fg.

144) Hepp, welcher a. a. O. Not. 6 diese Anmerkung mittheilt, setzt noch bei: „Der gleiche Gedanke liegt dem Art. 133 der P. G. O. zu Grunde, welcher bei der Abtreibung der Leibesfrucht zwischen einem lebendigen d. h. beseelten, und nicht lebendigen (noch nicht beseelten) Fötus unterscheidet, und für den ersten Fall Todesstrafe androht, weil das Kind durch die Entziehung der heiligen Taufe in das ewige Verderben gehe. Deshalb spricht auch die P. G. O. im Art.

Ob dies, was sich nur allmählig als eine Auffassung behauptet, die in der Gesetzgebung eine wenigstens mittelbare Anerkennung fand, mit solcher Bestimmtheit den Verfassern der Bamberger und der andern H. G. O. bis auf die Carolina vorschwebte, darüber läßt sich streiten. Jener Ansicht von der Taufe und der Verdammniß der Ungetauften — wenn wir auch zugeben, daß sie, obschon nicht so ganz begründet [145]), doch die herrschende war, dürften die Worte „unschuldige Kindlein" entgegenstehen — worüber jedoch hier nicht weiter zu sprechen ist. Man könnte sonst die einfache und naheliegende Erklärung versuchen, daß das neugeborne Kind nicht, wie irgend ein Erwachsener, der aus Feindschaft, Rachsucht, im Streite ꝛc. ums Leben gebracht wird, dem Thäter, vollends der Mutter, Veranlassung zu solcher Handlung gegeben habe, so daß um so mehr das Frevelhafte und Unchristliche eines Mords hervortritt, der an dem unschuldigen Kindlein verübt wird. Jedenfalls wird aber das „unschuldig" auf den Zustand des Kindes im Allgemeinen bezogen, was dann freilich auch die andre Bedeutung mit umfaßt. Aber in dieser letzten werden doch auch Tödtungen an Personen begangen, die dem Thäter gegenüber unschuldig, wenn auch nicht im Sinn des Kindes sind [146]), wie z. B. alle die, welche aus einem andern Motive, als dem erwähnten, die aus Habsucht, Eigennutz, oder um irgend eines

131 vom Kindesmorde als von einem zugleich unchristlichen und unmenschlichen Verbrechen. Wie konnte sie von diesem Standpunkte aus nur an eine mildere Beurtheilung des Kindesmords als Verbrechen denken?"

145) Es heißt im Evangel Marci Cap. 16 V. 16: „Wer da glaubt und getauft wird, der wird selig werden; wer aber nicht glaubt, der wird verdammt werden."

146) Meine Untersuchungen S. 27 fg. und die daselbst mitgetheilte Stelle aus Shakespeare's Hamlet Act. 1. Scene 5.

besonderen Interesses willen begangen werden. Aber wir sind nicht berechtigt, jedes Wort der erwähnten Rechtsbücher als so sorgfältig gewählt zu nehmen, daß wir hier einen Widerspruch mit der „Unschuld" und der auf der entgegengesetzten Ansicht beruhenden Unerläßlichkeit der Taufe zur Seeligkeit finden dürften. Das heißt: nicht deshalb wird die verbrecherische Handlung als unchristlich bezeichnet, weil sie an einem unschuldigen Kindlein verübt wird, als wenn der Mord einer andern Person nicht auch den Grundsätzen des Christenthums widerspräche, sondern es soll damit vornehmlich die Unnatürlichkeit der Handlung, die Verleugnung aller Gefühle, der Mutterliebe, bezeichnet werden, worauf sich insbesondre der Ausdruck „unmenschlich" bezieht, wodurch jedoch nicht ausgeschlossen wird, daß dem Worte „unchristlich" noch eine besondre Bedeutung beigelegt worden sey. Dafür möchte ich geltend machen, daß die Handlung, deren hohe Strafbarkeit begründet werden soll, nicht blos als Mord, sondern als Uebel charakterisirt werde, da man diesen Ausdruck, der überall wiederkehrt, als wohlerwogen annehmen darf [147]).

Wenn aber ein Gegensatz christlicher Auffassung und heidnischer sich ausspricht, so konnte um so weniger grade an das römische Recht gedacht worden seyn, als die früher erlaubte Tödtung, Aussetzung des Kindes, die ohnehin nur dem Inhaber der väterlichen Gewalt, nicht der Mutter zustand, längst und eben unter dem Einflusse des Christenthums weggefallen und die Handlung in dem spätern Römischen Recht, welches in Deutschland Eingang

---

147) In allen erwähnten Artikeln heißt es: „bestimptes unchristlichen unnd unmenschlichen erfunden übels und mords halber. —" Das Verbrechen bezeichnet dann die besondre That; das übel, die Häufigkeit derselben bei Rohheit und Sittenverderbniß.

gefunden hatte, als Verbrechen, und zwar als gewöhnlicher Verwandtenmord betrachtet wurde[148]), und auch das ältere deutsche Recht war es nicht, dem man etwa jetzt erst durch solche Strafbestimmung und deren nähere Begründung entgegenzutreten Veranlassung hatte, da dieses, wie bemerkt, nicht solche Handlung für straflos erklärte, und auch die christliche Lehre, die der Ansicht von der Schwere des Verbrechens des Kindesmords noch ein neues dringendes Motiv hinzufügte, sich bereits unter der Vermittelung des römischen Rechts Geltung verschafft hatte. Zu strenge Forderungen an historische Behandlung darf man bekanntlich bei den Rechts- und Gesetzbüchern der frühern Zeit nicht machen. Daß man im Allgemeinen an Unsitte und Gebräuche heidnischer Völker gedacht habe in einer Zeit, wo unter andern die Entdeckung der s. g. neuen Welt und der Verkehr mit derselben eine Kenntniß der bei diesen so häufigen Kindestödtungen, wenn auch nicht allein durch die Mütter, voraussetzen läßt, wird wohl nicht als eine zu gewagte Vermuthung ganz abgewiesen werden. War doch unter andern die Einführung des Christenthums durch die Eroberer der fremden Länder (die übrigens mit einer dem Princip widersprechenden Grausamkeit an vielen Orten erfolgte) dazu bestimmt, jene Frevel und die Vorurtheile, von denen sie ausgingen, zu unterdrücken[149]).

148) Mein Lehrbuch §. 241 fg. 247; meine Untersuchungen rc. S. 207 fg.

149) Vgl. die Eroberung Peru's, von Franzisko de Xeres. Sevilla 1534. Deutsch bearbeitet in den „Reisen und Länderbeschreibungen der ältern und neuesten Zeit rc." herausgegeben von Dr. E. Widemann und Dr. Hauff. Sieben und zwanzigste Lieferung. Stuttgart und Tübingen 1842. Hier heißt es S. 42 von St. Miguel: „Diese Leute opfern jeden Monat ihre eignen Angehörigen und Kinder"; und S. 47: „Manche Indianerstämme — welche Menschenfleisch essen — gingen so weit — daß sie nicht einmal ihre eignen Kinder, *die sie mit fremden*, im Kriege erbeuteten Frauen erzeugt

Auch Hepp [150]) beruft sich auf die „Chinesen" (und andre cultivirte wie barbarische Völker) allerdings in einer andern Beziehung, nämlich „wie dankbar diese, bei denen der Mord ehelicher und unehelicher Kinder zu den tagtäglich privilegirten gehört, seyn würden, wenn man ihnen wenigstens in Beziehung auf die Mutter die volle Unzurechnungsfähigkeit solcher Unmenschlichkeiten nachweisen wollte!"

§. 19.

Auch die unmittelbar folgenden Artikel 157 der Bamberger und Brandenburger H. G. O., deren Ueberschrift nicht den ganzen Inhalt des Gesetzes ausdrückt: „Straff der weyber, so jre kinder (umb das sie der abkommen) in verdligkeyt von jn legen, die also gefunden und ernert werden", schließen sich hinsichtlich der strafrechtlichen Auffassung an das Verbrechen des Kindesmords an. Das Motiv ist dasselbe, und eben so die Mißbilligung, welche solche lieblose Handlungsweise überhaupt, und ganz besonders vom christlichen Standpunkte aus, trifft. Mag man auch hier, wo als Subjekt des Verbrechens nur die Mutter genannt wird, nicht grabezu an das römische Recht gedacht haben, dessen frühere Grundsätze über die mit dem jus patriae potestatis zusammenhängende Befugniß exponendi liberos, doch

---

hatten, verschonten." S. auch S. 151. Daselbst auch ein hierher gehöriger Auszug aus: Garcilasso de la Vega — Primera parte de los commentarios reales, que tractan de el origen de los Incas, de sa idolatria, leies y goviermo en paz y en guerra. Lisboa 1609. Fol., zuletzt Madrid 1800. Aber schon vor der Eroberung Peru's hatte man in der neuen Welt solche Beobachtungen gemacht.

150) a. a. O. S. 310. Er bemerkt zu dem Worte „barbarisch" in der Not. 33: „denn auf Cultur oder Uncultur kommt es hier nicht an, sondern auf Heidenthum oder Christenthum."

auch schon längst den Einflüssen der durch das Christenthum veredelten Sitte und der Gesetzgebung gewichen waren; so ist doch auch hier der Grund der spätern deutschen Gesetzgebung und in Betreff der criminalrechtlichen Auffassung Alles das anzuerkennen, was so eben von dem Verbrechen des Kindesmordes ausgeführt worden ist. Außer der hier obwaltenden innern Verwandschaft, die schon das römische Recht von der Zeit an anerkennt, wo jene frühern Befugnisse weggefallen waren [151]), kann auch darauf Bezug genommen werden, daß jene beiden Artikel, so wie der Art. 138 des ersten Projekts, am Schluß für den Fall, daß „das Kind von solchem hinlegen stürb", die Strafe des Kindesmordes anordnen. Allerdings läßt sich diese letztere Bestimmung in solcher Allgemeinheit nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit nicht vertheidigen, und es muß für einen erheblichen Fortschritt erachtet werden, daß das zweite Projekt Art. 138 und nach diesem die P. G. O. Art. 132 die Todesstrafe nicht ohne Unterschied, sondern eben nur dann droht, wenn die Handlung den Begriffen des Kindesmords unterzustellen ist, indem es hier heißt: „Stürb aber das Kind von solchem hinlegen, so soll man die Mutter nach gelegenheyt des geverlichen hinlegens an leyb oder leben straffen." [152])

Es beruht dies aber nicht auf einer veränderten Ansicht über das Verbrechen selbst, sondern auf der richtigen Würdigung des Unterschiedes, der bei den einzelnen Fällen je nach der Absicht, der Art der Handlung und dem Erfolge im Verhältniß zu der Absicht statt findet, wonach

---

151) L. 4. D. *de adgnoscendis et alnendis liberis*. Paulus: „Necare videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is qui abjicit, et qui alimonia denegat; et is qui publicis locis misericordiae causa exposuit, quam ipse non habet."

152) Roßhirt, Lehrbuch §. 159; mein Lehrbuch §. [illegible] fg.

auch verschiedene Grade der Strafbarkeit anzunehmen sind. Die durch das Christenthum bedingte Pflicht, deren Verletzung solche und ähnliche Verbrechen zu begründen vermag, welche gesetzliche Ahndung fordert, hat ihren bestimmten Ausdruck in der Ausdehnung, welche das Canonische Recht der Aussetzung giebt, indem als Subjekt nicht blos die Mutter, als Objekt nicht blos das Kind, sondern überhaupt schwache, kranke, hülflose Personen genannt werden[153]).

§. 20.

Nicht minder findet sich bei der strafrechtlichen Behandlung des Verbrechens der Kindesabtreibung, welches gleich nach den beiden erwähnten Verbrechen seine Stelle hat[154]), der Gesichtspunkt, dessen Aufzeigung uns beschäftigt. Daher hier ganz besonders der Gegensatz zur römisch-rechtlichen Würdigung dieser Freventhat. Es ist bekannt, daß das Canonische Recht, welches hier durch die Grundsätze des Christenthums in Betreff der Beurtheilung der Handlung, als Tödtung, oder Vernichtung des werdenden Menschen, auf die deutsche Gesetzgebung selbst schon früheren[155]) Einfluß gehabt hat, und daß der aufgestellte Unterschied der belebten oder noch nicht belebten Leibesfrucht, den man in Ermangelung anderer Kennzeichen, nach dem damaligen Standpunkt der Physiologie an die Formation, den Grad der körperlichen Ausbildung knüpfen zu müssen glaubte, sich hier mit dem praktischen Erfolge geltend machte, daß

---

153) Cap. unic. X. de infantibus et languidis expositis. V. 1.

154) Bamb. und Brand. H. G. O. Art. 148; beide Projekte Art. 139; P. G. O. Art. 133.

155) Vgl. z. B. Lex Visigothor. Lib. VI. Tit. 3. Lex Bajuvar. Tit. VII. Cap. 18—21 mit Lex Almannorum Tit. XCI..

die Abtreibung der beseelten Frucht als Tödtung beurtheilt wurde [156]). Auch die Römer, die dieses Verbrechen nicht als ein selbstständiges behandelten, und den Fall „si qua visceribus suis, post divortium, quod praegnans fuit, vim intulerit, ne jam inimico marito filium procrearet" [157]) extra ordinem ahndeten, wurden durch die Ansichten der Naturforscher und der Philosophie der Zeit bestimmt [158]). Obgleich nun eine Reihe von Mißverständnissen auf die Schriften, die in das Decret Gratians aufgenommen wurden, und auf die sonstigen, mehrmals abgeänderten Bestimmungen des päbstlichen Rechts nicht in Abrede gestellt werden können [159]) — davon abgesehen, daß wir nach dem jetzigen Standpunkt der hier einschlagenden Wissenschaft die ganze Art der Unterscheidung nicht anerkennen dürfen, so ist doch die Thatsache, so weit sie auf die Gesetzgebungen, die der P. G. O zu Grunde liegen und auf diese sich wirksam geäußert hat — eine festgestellte. Unter jener Voraussetzung mußte sich dann auch die durch die religiöse Auffassung der Zeit bedingte Ansicht geltend machen, deren bereits gedacht worden ist [160]).

---

156) C. 8. Caus. XXXII. Qu. 2. — „Hic *de anima* quaestio solet agitari, utrum, *quod formatum non est, nec animatum* quidem possit intelligi: et ideo non sit *homicidium*: qui nec *exanimatum* dici potest, si adhuc *animum non habebat*." Vgl. Cap. 5. X. de homicidio.

157) L. 39. D. de poenis.

158) Aristoteles, Polit. Lib. VII. Cap. 16. Plutarchus, de placitis philosoph. V. 15.

159) Die siebzig Dolmetscher zu Exod. Cap. XXI. v. 22—28. Spangenberg, über das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht, im neuen Archiv des Cr. R. II. S. 1 fg. 173 fg. insbesondre S. 38 fg. Jarke, Handbuch Th. III. S. 314 fg. Not. 13—16.

160) S. die oben Not. 144 mitgetheilte Stelle aus Roßhirt's Lehrbuch.

§. 21.

In der Reihe unserer Betrachtungen darf auch der Art. 135 der P. G. O. nicht mit Stillschweigen übergangen werden: „Straff eygner tödtung." Zwar wird von der Selbstentleibung nur zu dem beschränkten Zweck gehandelt, die Fälle durch Auffstellung eines Princips zu bestimmen, wo ein Angeklagter „von Sachen wegen, so er überwunden, sein leib und gut verwirkt hett" — indem alsdann diese das Strafurtheil an der Person selbst unvollstreckbar machende Handlung keineswegs der verwirkten Vermögensconfiscation entgegenstehen soll, während in andern Fällen des Selbstmords keinerlei Nachtheile für die Erben in Betreff des Vermögens eintreten dürfen [161]). Von der Handlung überhaupt, welche die christliche Lehre mißbilligt, und die im Canonischen Rechte ohne Rücksicht, ob das Motiv irgend ein Schuldbewußtseyn, oder ein sonst verbrecherisches sey, oder nicht, vom kirchlichen Standpunkte aus für eine Sünde erklärt wird, wie denn auch kirchliche Nachtheile, die auf die sonst dem Todten zu erweisende letzte Ehre sich beziehen, verhängt werden [162]), ist in der P. G. O. nicht die Rede, und wir dürfen um so weniger dem Art. 135 einen besondern religiösen Grund unterlegen, als er ausdrücklich das römische Recht und nur

---

161) Gegen den Art. 160 der Bamb. und Brand. H. G. O. und den Art. 141 des ersten Projectes enthält schon das zweite Projekt Art. 141 den Zusatz, den die P. G. O. beibehält: „und dawider keyn alter gebrauch, gewonheyt, oder satzung statt haben, sonder hiermit revocirt, cassirt und abgethan sein, und inn diesen und andern fellen, unser Keyserlich geschrieben recht gehalten werden." Vgl. P. G. O. Art. 218.

162) Die christliche Ansicht vom Selbstmord findet sich besonders ausgesprochen in C. 9 sq. Causs. XXIII. Qu. 5. Cap. 11 X. de sepulturis, III. 28.

in Betreff der vermögens- und erbrechtlichen Folgen des von einem überführten Verbrecher verübten Selbstmords zur Geltung bringt, und die andern Fälle, wo doch jene Handlung den Charakter, welche ihr überhaupt das Canonische Recht beilegt, nicht verliert, ganz entschieden ausschließt. Aber die Absicht konnte nicht dahin gehen, durch dieses Nichterwähnen die übrigen damals als begründet anerkannten Folgen, welche die Kirche, und zwar später auch die evangelische, mit der Selbstentleibung — rücksichtlich der kirchlichen Mitwirkung beim Begräbnisse — verband, für unanwendbar zu erklären[163]), und so mußte denn schon, um einer entgegengesetzten ungegründeten Meinung zu begegnen, hier des Art. 135 gedacht werden.

§. 22.

Es ist bereits oben in der Einleitung ausgeführt worden, in welchem Sinn unsere Gesetzgebungen die Pflicht des Fürsten in Beziehung auf die Ausübung der Rechtspflege und Handhabung der Gerechtigkeit betrachten und welche besondre Bestimmungen sich aus dem allgemeinen Grundsatze für diejenigen ergeben, die mit dem Richteramte betraut sind. Auch die Betrachtungen über Art. 1, namentlich über die Erfordernisse zum Richteramte und über den Eid des Richters und der Schöffen oder Urtheiler, haben Veranlassung geboten, hierüber Einiges zu bemerken. Diesem schließt sich an, was in der P. G. O.

---

163) S. meine Abhandlung im Archiv des Crim. R. „Beiträge zur Lehre von den strafbaren Handlungen in Beziehung auf Verstorbene." J. 1844. S. 398 fg. mit S. 386 fg. Wilda, Strafrecht der Germanen S. 294. Not. 1. S. 524. 713. S. überhaupt: Wächter, Revision der Lehre vom Selbstmorde, im neuen Archiv des Crim. R. Bd. X. S. 72 fg.; Jarke a. a. O. S. 336. Not. 10.; meine Untersuchungen S. 72 fg.

Art. 150 (wie in deren Vorgängern) [164]) bei Gelegenheit der Aufzählung der straflosen Tödtungen, und der Hinweisung auf die Bedingungen, unter welchen sie solche sind, den Urtheilern eingeschärft wird, damit sie die Unterschiede der Fälle sorgfältig berücksichtigen, indem sie sonst „sich zu vill malen irren, thun den leutten unrecht und werden an jrem blut schuldig" [165]), so wie umgekehrt, „auch vil geschicht, daß richter und urtheiler die missthеter begünstigen, unnd jre Handlung darauf richten, wie sie jn das recht zu gut verlengen, und wissentlich übelthätter dadurch ledig machen wöllen, vermeynen vielleicht etlich eynfeltig leut, sie thun wol daran, daß sie denselben leutten jr leben retten."

Die Stelle die nun folgt, abgesehen von der besondern Veranlassung, hat eine allgemeinere Bedeutung und steht mit dem Gegenstande unserer Erörterung in so unmittelbarer Beziehung, sie ist zugleich in der schlichten Sprache ein so schönes Beispiel der würdigen Darstellung, die noch in unserer Zeit, für Gesetzgeber als Muster gerühmt worden ist [166]), daß ich sie hier aufzunehmen wohl berechtigt bin.

„Sie sollen wissen, daß sie sich schwerlich damit verschulden, unnd sein den anklegern denhalben vor gott und der welt widerkehrung schuldig, wann eyn jeder richter und urtheyler ist bei seinem eyd und seiner seel seeligkeyt schuldig nach seinem besten verstehen gleich und recht zu richten — wann zu großen sachen, als zwi-

164) „Hernach werden etlich entleibung jn gemein berürt, die auch enntschuldigung auf jnn tragen mugen, so darin ordentlicher weiß gehandelt wirdet." Bamb. und Brand. H. G. O. Art. 175; beide Projekte Art. 156.

165) S. oben Not. 28.

166) v. Savigny, vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft S. 54, welcher die „Einfachheit und edle Sprache der C. C. C." als „unübertroffen" bezeichnet.

schen dem gemeynen nutz und der menschen blut zu richten, grosser ernstlicher fleiß gehört, unnd angekehret werden soll." [167])

Der sonstige Inhalt des ausführlichen Artikels liegt außer der Grenze unserer Aufgabe und ist hier nicht weiter zu berühren [168]).

§. 23.

Ganz besonders tritt der religiöse Gesichtspunkt und noch bestimmter der der katholischen Kirche in der strafrechtlichen Behandlung des Kirchendiebstahls und, was die P. G. O. (nicht auch die Vorgänger) daneben stellen, des Kirchenraubes hervor. Die P. G. O. Art. 181 fg. und das zweite Projekt Art. 178 haben die Fälle mehr vereinfacht und einige zusammengezogen, insbesondere die schwerste Strafe des Feuertodes nur auf das Stehlen „einer Monstranz, da das heilig Sacrament des Altars inn ist" beibehalten, während die Bamb. und Brand. H. G. O. Art. 197 fg. mehrere Fälle mit jener Strafe und andere auch überhaupt mit Todesstrafe bedrohen, wo jene beiden ersten dieses nicht unbedingt thun, sondern auf die „Gelegenheit der Sachen und Rath der Rechtsverständigen" verweisen. Alle aber stimmen darin überein, daß selbst bei den nicht todeswürdigen Diebstählen, welche durch die concurrirende Verletzung des Heiligen, Religiösen ausgezeichnet sind, bei Anwendung der

167) Vgl. Ammianus Marcellinus lib. XXIX. Cap. 2. — „ideoque de vita et spiritu hominis, qui pars mundi est et animantium numerum complet, laturum sententiam diu multumque cunctari oportere, nec praecipiti studio, ubi irrevocabile factum est, agitari." Meine Untersuchungen S. 378.

168) S. meine angef. „Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tödtungen" in den Untersuchungen ꝛc. S. 55, insbesondre S. 336 fgg.

Grundsätze, welche vom Verbrechen des Diebstahls im Allgemeinen gelten „weniger barmherzigkeit beweist werden solle, dann in weltlichen diebstählen."

Bei den deutlichen Ausdrücken, welche in unsern Quellen gebraucht sind, bei der in der Schilderung der verschiedenen Arten und Abstufungen des Verbrechens und der Angabe der Strafen gegebenen Begründung, und den unmittelbar in den Strafbestimmungen sich äußernden Beziehungen auf positive Voraussetzungen der Lehre der katholischen Kirche, bedarf es hier nicht einer Ausführung vom geschichtlichen Standpunkte aus, daß vornehmlich die Grundsätze des Canonischen Rechts über das Sacrilegium hier maaßgebend gewesen seyen [169]. Auch ist darüber kein Zweifel, welcher vielmehr eine andere Frage betrifft, nämlich welche Geltung jene Vorschriften in protestantischen Ländern und vor einem protestantischen Gerichtshofe haben können?

Diese Frage konnte schon bei der Revision der Projekte nicht ganz abgewiesen werden. Wenn man auch noch nicht von eigentlich protestantischen Ländern und Gerichten sprechen konnte [170], so mußte doch der wesentliche Unterschied geltend gemacht werden, daß eine große Anzahl von Einwohnern deutscher Lande die Voraus-

---

169) Jarke a. a. O. Th. II. S. 8. Not. 10. Roßhirt, Geschichte und System, Band III. S. 132 fg.

170) Roßhirt, Lehrbuch §. 182 bemerkt in der Not. 7: „Auf den locus delicti commissi kommt es übrigens in Deutschland, bei einem Falle, wo vorausgesetzt wird, daß ein Katholik aus einer katholischen Kirche stehle, nichts an, weil die chr!ſher ·n Confessionen in Deutschland überall gleiche Rechte
H. G. O. Art. on terris juris catholicorum so wenig, als von
rotestantium gesprochen werden mag, gegen
165) S. oben N. rt. 172 §. I." Dies bedarf jedoch einer näheren
166) v. Savig kann aber, für den dort vorausgesetzten Fall,
und Rechtswiss gemeinem Rechte zu sprechen ist, zugegeben
edle Sprache

setzungen nicht anerkennen durften, von welchen die den katholischen Lehren und Grundsätzen Rechnung tragende Gesetzgebung den Thatbestand gewisser Arten dieses Verbrechens normirte und die Anwendung der schwersten Todesstrafe [171]) für gerechtfertigt hielt. Vergleicht man nun die verschiedenen Werke von der Bambergensis an bis zur Carolina, so findet man zwar, wie oben erinnert, in der letztern einige Milderungen der ursprünglichen Härte und Beschränkungen der Anwendbarkeit der geschärften Todesstrafe und der Todesstrafe überhaupt; aber mehr hat man dem protestantischen Princip nicht nachgegeben, namentlich ist für den Hauptfall des Diebstahls einer Monstranz die Feuerstrafe stehen geblieben. Und da es hier nicht unsere Aufgabe ist, die Strafen und deren Verhältnißmäßigkeit zu der Uebelthat einer Kritik zu unterwerfen [172]), sondern den für jene Zeit als berechtigt anerkannten Gesichtspunkt nachzuweisen, so konnte wohl von Seiten der Anhänger der alten Kirche, deren Princip, und das Recht auf Staatsschutz nicht deshalb aufgegeben werden, weil die andere Religionspartei, deren Anerkennung noch eine nur interimistische war, einem andern Grundsatze huldigte. In der That war für die Evangelischen weder ein so dringender Grund vorhanden, sich der Aufnahme

---

171) Daß die Strafe des Feuers auf eigentliche Religionsverbrechen gesetzt war, z. B. Bamb. und Brand. H. G. O. Art. 130. 131, auch wohl 141 (und die entsprechende der Projekte, wo die P. G. O. schon den ersten wegläßt) während sie aus andern historischen Gründen bei andern Verbrechen wohl auch vorkommt, Münzfälschung, Brandstiftung (P. G. O. Art. 117. 131), soll nur im Vorübergehen erinnert werden.

172) Auch die Praxis in katholischen Ländern ist von dieser Strenge immer mehr abgegangen, nicht in Folge einer Aenderung der principiellen Ansichten über das Verbrechen, sondern vielmehr derjenigen über die Strafen, was sich denn auch allgemeiner und nicht in Beschränkung auf diese Straffälle äußert.

schleyffen bei jm seyn, die ihm zu der lieb gottes rechten glauben und vertrawen zu Gott, und dem verdienst Christi unseres seligmachers, auch zur berewung seiner sünd vermanen [181]). Man mag jm auch in dem füren für gericht und ausfüren zum todt stettigs ein Crucifix fürtragen."

Von einem Einfluß der Verschiedenheit der christlichen Religionsbekenntnisse ist hier nichts sichtbar, und am wenigsten würde dieser, wenn er sich zu behaupten Veranlassung gehabt hätte, was nach dem angegebenen Inhalte durchaus nicht der Fall ist, die Wirkung gehabt haben, an die Stelle der früher allgemein gefaßten Bestimmung „Vermahnung zum Guten" die speciellere, welche bei der Revision und letzten Redaktion beliebt wurde, aufzunehmen. Selbst das Vortragen eines Crucifixes war damals, und ist noch jetzt nicht etwas nur den Katholiken Eigenthümliches.

Uebrigens konnte diese Bestimmung weder auf die Voraussetzung gegründet seyn, daß keine andern Verbrecher, als solche, die Glieder der christlichen Kirche wären, zum Tode verurtheilt würden, da die Beispiele hingerichteter nichtchristlicher Missethäter nicht fehlten; noch konnte die Meinung dahin gehen, auch Nichtchristen rücksichtlich dieses die Religion betreffenden Punktes wie Christen zu behandeln. Dennoch hat früher die Praxis dieses zum Theil anders aufgefaßt. Weit entfernt zu glauben, daß ein solcher, der den Werth christlichen Trostes nicht erkennt, (und der, wenn er des religiösen Zuspruchs sich bedürftig fühlte, auch ein Recht habe, diesen von einem Lehrer seines Glaubens zu verlangen), auch nicht dieser Wohlthat würdig, und daß sie ihm, ohne

181) Statt der Worte: „die ihn zu der lieb gottes — vermanen" haben die erstgenannten drei G. O. nur: „die jm zu gutem vermanen." Und bei dem Schlußsatze heißt es statt: „man mag." — „man soll."

Gewissenszwang nicht aufzunöthigen sey, hat man häufig das entgegengesetzte Verfahren eingeschlagen. Und zwar nicht blos in den Fällen, wo die Gelegenheit gebrach, einen Religionsdiener des betreffenden Glaubens zuzuziehen, sondern auch, wo dies möglich war, ja selbst wo solcher seines Amtes wartete. Von den verschiedenen Rücksichten, die hier als bestimmende sich geltend machten, wollen wir die hervorheben, welche möglicherweise entfernt von jedem Mißbrauche die Mitwirkung der Kirche für eine besondre Pflicht hielt, wodurch es vielleicht noch möglich würde, dem Sünder, im Interesse seines eignen Seelenheils, für die wahre Religion zu gewinnen. Es ist hier nicht der Ort, diese Ansicht, die dennoch zu großem Mißbrauche und Verwerflichkeiten führte, welche mit den Grundsätzen des Christenthums im Widerspruche stehen, weiter zu würdigen. Später hat man dieselbe und vollends die Bekehrungsversuche aufgegeben, mit denen ohne Zweifel in Verbindung stand, was die ältern Praktiker unter den Gründen der Strafmilderung zu erwähnen pflegten, nämlich das Erbieten des Verbrechers, zur herrschenden Religion überzutreten [185]). Man hat, in gebührender Anerkennung der hier in Betracht kommenden Rechte und Pflichten, die Zulassung von Geistlichen anderer Religionen (z. B. jüdischer) oder andrer christlichen Bekenntnisse, z. B. des griechischen, nicht nur gestattet, sondern für solche von Amtswegen und auf Gerichtskosten

185) Man nahm dies, was später allerdings allgemein für einflußlos auf die Beurtheilung erachtet wurde, zunächst von dem Uebertritt zur christlichen Religion an, wobei man sich besonders auf folgende Stellen des Canonischen Rechts berief: Can. 1. Dist. 6. Can. 2 de consecr. D. 4. C. 136 de consecr. D. 4. C. X. 8. de divort. C. 6 de poenitentia D. 7. Vgl. Quistorp, Grundsätze des deutschen peinl. R. Band I. §. 117. b. Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts. Tübingen 1825. §. 116. S. 230. Die Milderung bestand oft nur in der Verwandlung der geschärften Todesstrafe in eine einfache und machte sich in Form der Gnade geltend.

Sorge getragen. Dagegen ist es nicht Regel, sondern findet meist nur auf Verlangen statt, daß der „Arme" durch Geistliche zur Richtstätte begleitet wurde.[186])

§. 26.

Den Schluß möge der Eingang des Art. 258 der Bamb. und Brand. H. G. O. machen, welchem kein Artikel der beiden Projekte und der P. G. O. entspricht. Er handelt „von gemeyner belonung des Nachrichters" und verfügt, was mit unsrer Betrachtung in Verbindung steht:

„Nachdem allen Nachrichtern, so jr belonung in peynlichen straffungen der übeltetter (von jedem stuck jres werks in sunderheyt nemen) das heylig Sacrament des altars versagt wirdet, nit darumb, das *solliche* volziehung der gerechtigkeyt und ernstlich straff *der übeltat* unrecht sey, sondern allein darumb, das sich um gemelten sunderlichen wartetten belonung willen, einer bösen unordentlichen begirde, in vergißung des menschen plut, bei solchen Nachrichtern versehen wirdet ꝛc."

Man hat zu keiner Zeit, selbst wo man an der Rechtmäßigkeit und Zuläſſigkeit der Lebensstrafe nicht den geringsten Zweifel hegte, verkannt, daß die traurige Ausübung dieser Nothwendigkeit nicht ohne eine Ueberwindung einer natürlichen Scheu statt finde, welche letztere den, der sie selbst bei sich unterdrückt, doch von Seiten Anderer und Aller trifft. Ich habe diesen Gegenstand und den hievon handelnden Artikel 258 in der „Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tödtungen" erläutert[187]); und für den gegenwärtigen Zweck, die religiösen Beziehungen

---

186) Meine kritischen Betrachungen über den Preuß. Entwurf ꝛc. S. 92. 93.

187) Meine Untersuchungen S. 376. Not. 362.

in der gemeinrechtlichen Gesetzgebung nachzuweisen, genügt diese Hinweisung. Nur das muß ich jetzt hinzufügen, daß vermöge bischöfflicher Dispensation doch dem Nachrichter die Theilnahme am heiligen Abendmahle gestattet wurde; und in der That wäre wohl am wenigsten der Zweck erreicht worden, diesen Diener der Gerechtigkeit mit seiner Pflicht und der Stellung zur Kirche, der er angehört, in Uebereinstimmung zu bringen und auf seine Gesinnung eine religiöse Einwirkung möglich zu machen — wenn man ihn von dieser ausschloß [188]). Aber freilich wäre dies auch nicht der einzige Widerspruch gewesen, den wir auf einem Gebiete begegnen, wo so viele ungegründete Vorurtheile herrschten, die, wie das erwähnte, mit den Folgen, die sich auf die Ehre der Person bezogen, in Zusammenhang standen!

§. 27.

Schluß.

Fassen wir die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung nunmehr zusammen, wie sie bereits oben angedeutet worden sind. Die Peinliche Gerichts-Ordnung hält gleich den

188) Roßhirt, Geschichte und System, Band I. S. 151. „Endlich ist noch anzuführen, daß die Nürnberger in ihren Chroniken ihres Scharfrichters als einer der wichtigsten Personen fleißig gedenken: — derselbe — wurde, wenn der Bischoff von Bamberg seinen Einritt hielt, vom Rathe der bischöfflichen Gnade in der Art empfohlen, daß er zum Abendmahl gehen dürfe." Aber falsch ist es, wenn nun hinzugesetzt wird, „woraus man auf die Gewohnheit schließt, daß ohne bischöffliche Dispensation Scharfrichter nicht dazu gelassen wurden"; denn die Sache verhält sich grade umgekehrt. Es bedurfte keines Schlusses auf die Gewohnheit, welche längst feststand und in der Bamberger H. G. O. vorausgesetzt und bestätigt wird: „nachdem allen nachrichtern — das heylig Sacrament des altars versagt wirdet" — was die Brandenburger ganz eben so sagt — vielmehr, weil das Gesetz bestand, bedurfte es einer Dispensation, und zwar war dies kein weltliches, sondern ein kirchliches Ge-

frühern Gesetzgebungen den Zusammenhang, der zwischen Recht und Religion, Staat und Kirche statt findet, durchaus fest, und überall ist das Christenthum als Grundlage anerkannt. Dabei ist begreiflicherweise von den herrschenden Ansichten der frühern Zeit ausgegangen, und in Folge derselben nicht selten dem religiösen Element eine über seine Berechtigung hinausgehende Geltung in dem weltlichen Recht zugestanden worden — was sich, wie wir gesehen haben, geschichtlich erklärt. Das Religiöse behauptet sich allgemein bei der ganzen Auffassung der Pflicht christlicher Obrigkeit, wie sie von Fürsten und Landesherrschaften, insbesondre dem Oberhaupte des Reiches, dann von Richtern und Urtheilern geübt werden soll. Es äußert sich ferner bei den Bestimmungen über Verbrechen, die, ohne im engern Sinn Religions-Verbrechen zu seyn, vielmehr auch unter den Gesichtspunkt weltlicher Strafbarkeit fallen, doch zugleich als Verletzung göttlicher Gebote betrachtet werden, was dann namentlich auch auf die Anwendung und Bezugnahme der desfallsigen Quellen Einfluß hat. Insbesondre aber zeigt sich dieses bei den eigentlich s. g. Religions-Verbrechen, und hier vornehmlich tritt das Interesse der Frage hervor, zu deren Beantwortung die vorstehende Abhandlung einen Beitrag liefern sollte: welchen Einfluß die damals beginnende Kirchenreformation, und die, wenn gleich noch nicht als ganz vollendete Thatsache erscheinende Kirchentrennung, auf den Inhalt der neuen Reichs-Strafgesetzgebung gehabt habe?

---

setz; wie es denn Sache der Kirche und nicht der weltlichen Gesetzgebung war, zu bestimmen, wer zur Communion fähig sey. Daher konnte auch die Dispensation nicht von der weltlichen Obrigkeit, sie mußte von der geistlichen Behörde ausgehen, und der Rath von Nürnberg sich darauf beschränken eine Empfehlung zur Gnade zu gewähren.

Diese Frage ist in den meisten ältern und neuern Werken über das Strafrecht entweder ganz übergangen, oder doch nur gelegentlich berührt worden[189]; wo es geschehen, hat man nicht selten, mehr von dem Standpunkte der neuern Zeit und der praktischen Bedeutung der gesetzlichen Bestimmungen für uns, als von dem geschichtlichen aus, den Gegenstand erörtert; wo es dann nicht fehlen konnte, daß noch andere, jener Frage fremde Rücksichten in die Betrachtung gezogen wurden, die einer richtigen Erkenntniß hinderlich waren. Unleugbar sind in einzelnen Artikeln nach Fassung und Inhalt, wenn man sie mit den entsprechenden Bestimmungen der Bamberger und Brandenburger H. G. O. vergleicht, Abänderungen getroffen, es sind andre hinweggelassen worden, aus Gründen, die nur in den erwähnten religiösen Verhältnissen zur Zeit der Schlußredaktion und insbesondre schon vor Abfassung und Revision des zweiten Projekts gefunden werden können. Meist gelangt man zu diesem Ergebnisse durch die allgemein geschichtliche Betrachtung und durch Induktion; zuweilen konnten (wie bei den Eidesformeln) ausdrückliche Quellenzeugnisse angeführt werden. Während die in den Jahren 1507 und 1516 publicirten erwähnten beiden Ordnungen begreiflicherweise auf den alten Standpunkt der Einheit der Kirche und des Glaubens beruhen, zeigen sich in den spätern Entwürfen der P. G. O. die Spuren der Trennung, und zwar so, daß im Ganzen genommen das erste Projekt, wie erklärlich, sich weniger als das zweite von den Vorgängern in den Bestimmungen entfernt, die hier allein in Berücksichtigung kommen. Zuweilen stehen beide Projekte von 1521 umd 1529 auf einer Seite, bald in größerer Annähe-

---

189) Einiges enthält hierüber der bereits angef. Walch in der Introd. zu dem Glossar. interpret. C. C. C. inserv. p. 89. 90.

rung an die Vorgänger, bald schon die Bestimmungen enthaltend, wie sie in der P.G.O. gefunden werden, und es mag hierüber wohl vielfach verhandelt und das Ergebniß je nachdem der einen oder andern Partei mehr günstigen augenblicklichen Gestaltung der religiös-politischen Verhältnisse festgesetzt worden seyn. Hierüber entbehren wir, wie über so Vieles bei der Abfassung jenes wichtigen Werkes, näherer Nachrichten, und es würde gewagt seyn, andre Vermuthungen aufzustellen, als solche, für die sich wenigstens eine mittelbare Begründung beibringen läßt. Wir können nur bedauern, daß von den Umarbeitungen, welche 1524 auf dem Nürnberger Reichstage und 1526 auf dem zu Speyer zur Revision vorgelegt werden sollten, und wie weit dies geschehen, durchaus nichts, als eben die Nachricht hievon, auf uns gekommen ist [190]). Indeß wenn auch die „Lehre von den zwei Projekten der C.C.C. von 1521 und 1529 in dem gewöhnlichen Sinne der beiden alleinigen Redaktionen des Entwurfes aufgegeben werden müßte", so ist doch so viel gewiß, daß nur diese beiden Redaktionen den Ständen mit dem Erfolg vorgelegt sind, „zu Beschlüssen zu führen"; und was wir für unsern Zweck hier vermissen, könnte nur etwa seyn, daß eine der erwähnten Abänderungen des ersten Projekts von 1521 schon vor dem jetzt s. g. zweiten, also etwa schon 1524 oder 1526, als getroffen nachgewiesen würde [191]), worauf wir nicht zu großes Gewicht legen dürfen.

---

190) Hierauf hat zuerst wieder E. Herrmann a.a.O. S. 68fg. aufmerksam gemacht, dessen verdienstliche Schrift überhaupt für das Studium unsres Gegenstandes von besonderm Werthe ist.

191) Weshalb wir nicht ganz mit Herrmann einverstanden sind, wenn er a. a. O. S. 70 nach den Worten: „Nur Eines haben jene beiden Redaktionen voraus, daß nämlich ihre Vorlegung an die Stände zu Beschlüssen geführt hat, welche wir in die Abschiede der Reichstage der genannten Jahre aufgenommen sehen" — hinzusetzt: — „ein Moment, welches offenbar für die Geschichte des definitiven Gesetzinhaltes der Carolina, also für das wissenschaftliche und praktische Interesse der Projekte völlig indifferent ist."

Auf der andern Seite sind Manche in der Behauptung des Einflusses der Reformation auf die Abfassung der P. G. O. weiter gegangen als sich nachweisen läßt. Das Unerläßliche haben die Evangelischen durchgesetzt, aber mehr nicht, und es blieb mit geringen Ausnahmen der frühere Standpunkt der vorherrschende, so daß die Beseitigung der Mißstände, die sich in der Anwendung ergeben möchten, als Sache der Landesgesetzgebung angesehen wurde. Hierin liegt unter andern auch ein Erklärungsgrund der Erfahrung, die man gemacht hat, daß die Praxis in den einzelnen Ländern, in welchen die Carolina die Grundlage des geltenden Strafrechts wurde, so vielfach verschieden war.

Für unser heutiges Recht und die Anwendung nehme ich um so weniger eine praktische Bedeutung meiner Darstellung in Anspruch, je beschränkter jetzt das Gebiet ist, wo überhaupt noch von Geltung der P. G. O. die Rede seyn kann, was in Kurzem gar nicht mehr der Fall seyn wird. Möge man jene als einen Beitrag zur geschichtlichen Erläuterung gelten lassen, zu welcher nach längerer Beschäftigung mit neuern Gesetzes-Entwürfen wieder einmal zurückzukehren mich ein rein wissenschaftliches Interesse bestimmte.

Gebauer-Schwetschke'sche Buchdruckerei in Halle.

